NUALES REUS''

A. Prins

La Defensa Social

DERECHO

XXVIII.—**Contrabando y defraudación**, por J. Franquesa.—4 pesetas

XXIX.—**Tratado de legislación hipotecaria**, por C. López de Haro.—10 pesetas.

XXX.—**Derecho notarial español**, por M. Castaño.—10 pesetas.

XXXI.—**Tribunales para niños y Comentarios de la legislación española**, por J. Solano y Polanco.—6 pesetas.

XXXII.—**El buque y el contrato de fletamento**, por D. R. Gay de Montellá.—6 pesetas.

XXXIII.—**La reforma tributaria española de 1920**, por J. A. Ubierna y Eusa — 6 pesetas.

XXXIV.—**Manual de identificación judicial**, por Vicente Rodríguez Ferrer.— 8 pesetas.

XXXV.—**El Derecho de Retención**, por Carlos López de Haro.—6 ptas.

XXXVI.—**El Concordato de 1851 y disposiciones complementarias vigentes**, por Emilio Piñuela, Fernando Meana, Manuel Pardo y Juan Soto.—9 pesetas.

XXXVII.—**Represión de la Usura** (2.ª edición) *Comentarios y jurisprudencia a la ley de 28 de Julio de 1908 y al Reglamento vigente de las Casas de préstamos y establecimientos similares,* por Antonio Rodríguez Martín.—6 pesetas.

XXXVIII.—**Manual de formularios para el Registro de la Propiedad inmueble**, por Antonio Ventura González.—9 pesetas.

XXXIX.—**Accidentes del trabajo (teoría y práctica de la responsabilidad).** *Comentarios, jurisprudencia y formularios a la ley de 10 de Enero de 1922, Reglamento de 29 de Diciembre del mismo año, con el procedimiento de la de Tribunales industriales y legislación complementaria*, por Antonio Rodríguez Martín y Salvador Alarcón Horcas.—12 pesetas.

XL.—**Diccionario de reglas, aforismos y principios del Derecho**, por Carlos López de Haro.—7 pesetas.

XLI.—**El Registro del estado civil en España** por Enrique Alonso e Iglesias y Cástor V. Pacheco y Gómez.—12 pesetas.

XLII.—**Normas Jurídicas.**—*Compendio de la doctrina legal establecida, desde 1883, en las Memorias y Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo y en gran número de disposiciones de la Administración Central, en materia de carácter civil, criminal, gubernativo y contencioso-administrativo*, por José Serrano Pérez.—12 pesetas.

XLIII.—**Código de Justicia Militar vigente.**—*Concordado y anotado*, por Nicasio Pou Ribas.—10 pesetas.

XLIV.—**Manual del aspirante a Procurador**, Federico Carbonero (2.ª edición puesta al día por Agustín Ossorio).—10 pesetas.

XLV y XLVI.—**Código del Trabajo** *Comentarios, Jurisprudencia y Formularios*, por Salvador Alarcón.—Tomo I, 10 pesetas y tomo II, 15.

XLVII.—**El Derecho privado**, por Jorge Cornil, traducción de Rafael García Ormaechea.—7 pesetas.

XLVIII.—**Diccionario del Código penal de 1928.** *Los delitos y las faltas, con sus circunstancias y sus penas, por orden alfabético*, por José Garrigós Marín, seguido de unas **Escalas graduales de penas vigentes**, por Luis Goróstola Prado.—8 pesetas.

BIBLIOTECA

a

n

b

n

v

3

A

5 p
X
Pe
X
6 p
X
X
Ro
X
X
chi
X
X
X
Lan
X
X
X
E. G
XX
7 pes

INSTITUTOS SOLVAY

TRABAJOS DEL INSTITUTO DE SOCIOLOGÍA

LA DEFENSA SOCIAL

Y LAS

TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PENAL

Biblioteca de MANUALES REUS

VOLÚMENES PUBLICADOS

I.—**Novísima legislación del impuesto de Derechos reales y transmisión de bienes**, por José Zaragoza (segunda edición, corregida y aumentada): 4 pesetas en Madrid y 4,50 en provincias.

II.—**Manual del Médico forense**, por A. de Lacassagne, traducido, reformado y arreglado á la legislación española por M. de Brioude: 4 pesetas en Madrid y 4,50 en provincias.

III.—**Cuestiones de Derecho marítimo:** *Remolque, asistencia y salvamento,* por P. Estasén: 3 pesetas en Madrid y 3,50 en provincias.

IV.—**Los derechos públicos y las constituciones modernas**, por Ignacio Tambaro: 3,50 pesetas en Madrid y 4 en provincias.

V.—**El impuesto sobre utilidades**, por José Antonto Ubierna y Eusa: 4 pesetas en Madrid y 4,50 en provincias

VI.—**Jurisprudencia y Legislación sobre el Código civil**, por Pedro Calvo y Camina: 6 pesetas en Madrid y 6,50 en provincias.

VII.—**Apremios administrativos**, por José Antonio Ubierna y Eusa: 4 pesetas en Madrid y 4,50 en provincias.

VIII.—**El fenómeno de la guerra y la idea de la paz**, por Jorge Del Vecchio, traducido por M. Castaño, de la segunda edición italiana: 3 pesetas en Madrid y 3,50 en provincias.

IX y X.—**Ley de Enjuiciamiento civil**, con importantes notas y jurisprudencia, por D. F. de P. Rives y Martí: 12 pesetas en Madrid y 13 en provincias.

XI.—**La defensa social y las transformaciones del Derecho penal**, por A. Prins. Versión española y prólogo sobre *La génesis de la defensa social,* de Federico Castejón: 3 pesetas en Madrid y 3,50 en provincias.

EN PRENSA

Novísima legislación de Seguros.

Código civil.

Ley de Enjuiciamiento criminal, por D. F. de P. Rives y Martí.

Legislación y Jurisprudencia de aguas, por Rafael Gay.

Código de Comercio, por Emilio Miñana.

EN PREPARACIÓN

Código penal.

Y muchos otros interesantes volúmenes.

Véase á continuación el boletín de suscripción á esta Biblioteca.

MANUALES REUS.—VOLUMEN XI.

LA DEFENSA SOCIAL

Y LAS

TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PENAL

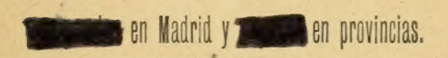
POR

A. PRINS

Versión española y prólogo sobre LA GÉNESIS DE LA DEFENSA SOCIAL

DE

FEDERICO CASTEJON Y MARTÍNEZ DE ARIZALA
Profesor auxiliar de Universidad, expensionado en el extranjero
y agregado al Centro de estudios históricos.


[redacted] en Madrid y [redacted] en provincias.

MADRID
HIJOS DE REUS, EDITORES
Cañizares, 3, duplicado.
1912

Imp. de Prudencio P. de Velasco, Campomanes, 4.

PROSPECTO

Con este undécimo volumen, de indiscutible valor, continuamos hoy la biblioteca manuable, que iniciamos con la *Novísima legislación del Impuesto de Derechos Reales*, biblioteca manuable que viene á solucionar la necesidad constantemente reclamada por los profesionales del foro.

Los ***Manuales Reus*** comprenderán siempre volúmenes de índole jurídica y administrativa, ya comentando, anotando y publicando disposiciones recientes de nuestra legislación, ya dando á conocer algunas obras de autores importantes, que, por su especial índole, merezcan ser publicadas en esta sección.

Sobre estos ***Manuales*** bástanos asegurar hoy que todos sus volúmenes serán esmeradamente confeccionados, con notas cuidadosas y aclaraciones adecuadas, además de importante jurisprudencia adicional sobre cada materia, por los más competentes Redactores de nuestra *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, hecho significativo de que, bajo los auspicios de publicación tan importante, no podrá menos de reunir el carácter utilitario, que es cualidad primordial é indispensable en esta clase de obras.

Los editores ***Hijos de Reus***, conocidos de todo profesional jurídico, demostrarán, en estos nuevos ***Manuales***, igual interés por atender las exigencias del público que el demostrado en publicaciones que, por su importancia, son de todos conocidas: *Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Colección Legislativa de España, Biblioteca jurídica de Autores españoles y extranjeros, Colección de ediciones oficiales de leyes vigentes, Biblioteca de Repertorios,* etc., etc.

Los ***Manuales Reus*** se publicarán en volúmenes de un tamaño aproximado á los once publicados, según la extensión de cada materia, y su precio no será nunca superior á *10 pesetas* por cada tomo. Todos ellos irán encuadernados en igual forma que este ejemplar, y conforme avance esta publicación, tendrá cada vez más completa todo abogado su biblioteca necesaria é indispensable.

Nunca descuidamos los intereses económicos de nuestros constantes favorecedores; jamás en ninguno de nuestros actos dimos señal de desagradecimiento á los que con su ayuda nos permitieron llevar siempre adelante nuestras obras en bien de la cultura jurídica de nuestra patria, y siguiendo esta tradicional costumbre, á los que desde hoy nos entusiasmen con su adhesión á esta Biblioteca, les ofrecemos una ventaja considerable, dado el coste elevado de estos trabajos; un beneficio positivo que gustosos realizamos.

Dicho beneficio consiste en el descuento del ***diez por ciento*** en el precio de los volúmenes publicados y sucesivos á todos los adquirentes de este ejemplar que llenen el boletín adjunto de suscripción, remitiéndolo á correo seguido

Al vendedor de este ejemplar.

Se ruega á los señores libreros y corresponsales no dejen nunca de fijar el sello de su establecimiento en el Boletín de suscripción, que figura en este libro, para remediar la falta de cumplimiento de esta indicación por parte del comprador. Esta Casa editorial, tan pronto como reciba el Boletín de suscripción, pasará un aviso al vendedor del libro comunicándole la llegada del Boletín y nota de comisión por los volúmenes publicados é igualmente por cada uno de los que sucesivamente se envíen.

Sin este previo requisito, será inútil solicitar ninguna clase de rebajas por ningún concepto, por ser esta ventaja excepcional, concedida únicamente á los que contribuyen económicamente al desarrollo de esta publicación.

Tomo XI

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

D. .... *que vive en* ....

provincia de .... *calle de* ....

núm. .... *se suscribe á los* ***MANUALES REUS,*** *desde el día de la fecha, cuyo pago realizará conforme se publiquen, deducido el descuento del* ***diez por ciento*** *de su precio de venta.*

Sello del vendedor.

.... *de* .... *de 191*......

El suscriptor,

NOTAS.—Remítase franqueado como carta, para evitar extravío, á la dirección indicada.—Es necesario que el suscriptor indique los volúmenes que posee de esta Biblioteca, para evitar duplicidad de envío por parte de la Casa editorial.

IMPORTANTE.—A los corresponsales y libreros rogamos sellen todos los boletines de suscripción de los ejemplares que vendan, por ser conveniente para sus intereses, conforme á lo indicado en este prospecto.

PROLOGO

La personalidad del sabio profesor del Instituto Solvay y de la Universidad libre de Bruselas, M. Adolfo Prins, presidente de la Unión internacional de derecho penal, es harto conocida de la intelectualidad española. Más útil que hacer en este lugar una detallada lista de las obras de derecho político y de los estudios jurídico-penales debidos á M. Prins, hemos creído exponer una breve reseña de la doctrina de derecho criminal que, con la denominación de defensa social, está llamada á enseñorearse del pensamiento filosófico y práctico en materia de prevención y represión. El libro de M. Prins es una guía indispensable y preciosa para el estudio del derecho penal moderno: las notas que le añadimos, á guisa de prólogo, son como la iniciación de ese hermoso libro.

***

Como cada hombre es hijo de su época, el pensamiento, la filosofía de cada edad es obra de los elementos que componen y de las circunstancias que caracterizan á ésta.

Es indudable que la humanidad, desde que tiene conciencia de sí misma, se halla en un estado de crisis, del que sólo se ve libre momentáneamente. El tránsito de uno á otro estadio de la civilización se marca por pasos inseguros, doctrinas vagas, luchas encarnizadas que ocasionan grandes ruinas y no dan ningún material aprovechable ó lo dan en exigua proporción.

La ciencia penal, como todas las ciencias, sufrió ese período de crisis, cuando se quisieron desbancar sus antiguas concepciones por los datos que le ofrecía el positivismo; pero éste pasó como brillante meteoro que cruza los cielos, sin dejar tras sí más que una luz efímera. La doctrina de los positivistas hubo de morir al querer dar una explicación simplicista de un fenómeno complejísimo como es la criminalidad, pero murió indicando el camino que debía seguirse para resolver el problema, señalando el lugar donde se hallaba la tierra de promisión, aunque ella no pudo alcanzarla. A otras teorías tocaba recoger la herencia científica del positivismo.

La época moderna, que ha realizado una doble y grandiosa obra: la de hacer concurrir al trabajo

las inagotables fuerzas de la Naturaleza, y la de abrir las puertas de la legalidad y del derecho á millares de seres que antes no gozaban de protección jurídica; necesitaba, con relación al derecho criminal, formarse una nueva filosofía penal y formular un principio, en consonancia con el nuevo género de vida y con las nuevas necesidades sociales, que fuese fundamento sólido del *jus puniendi*, del derecho de castigar.

Al mismo tiempo que se hacía sentir esta necesidad y que moría el positivismo, que quiso satisfacerla, la psicología y la realidad mostraban de consuno la inseguridad de las bases del derecho de castigar fundado en ideas metafísicas de voluntariedad y libertad, y con fines abstractos de reparación y castigo.

El edificio del derecho penal mostraba numerosas grietas: su ruina era inminente: sólo lo sostenían las supervivencias de las doctrinas, ideas, observaciones, pensamientos deshilvanados, sin ilación, que ofreciendo puntos de apoyo acá y acullá, impedían que la obra viniese á tierra.

El concepto clásico, minado; el positivismo, abatido; el correccionalismo, relegado al olvido como hermoso é irrealizable sueño; se hacía sentir vigorosamente la necesidad de una renovación del derecho penal *ab imis fundamentis*.

Fué entonces cuando Prins, von Liszt, van Ha-

mel y otros ilustres penalistas, acabaron de demoler la parte del edificio penal que amenazaba ruina, é infundiendo nueva savia á la parte sana y añadiendo ideas originales de indiscutible transcendencia, procedieron á la tarea de reconstruir. Sus esfuerzos nos han ofrecido la concepción moderna del derecho penal, que se llamará en lo porvenir derecho de defensa y de prevención social, fundado en estos principios:

El derecho penal tiene por objeto la defensa de la sociedad organizada como Estado, y la defensa de los individuos que la componen.

El derecho de defensa aparece tan pronto como se comprueba *el estado peligroso* del individuo, sin que la libertad con que éste realice la infracción ni el daño producido, puedan utilizarse como elementos, en un primer momento, para la incriminación, aunque, en un segundo momento, se aprecien los factores éticos con valor psicológico, para la determinación del tratamiento penal á que debe ser sometido el delincuente.

La pena sólo es justa en cuanto preserva de la amenaza y del *peligro* criminal.

La medida penal se encuentra en la corrección; bien entendido que ésta es sólo la *corrección civil* (respecto de las normas elementales de la vida social) y la *adaptación inferiorizada* (para los individuos defectuosos y anormales).

Tales ideas se encuentran competentemente desarrolladas en el libro que presentamos.

***

En este lugar sólo conviene tratar de la génesis de la defensa social.

Estudiando la historia de las doctrinas filosóficas, á través del caos de teorías y de la inmensidad de libros escritos para desarrollarlas, encontramos siempre una idea iluminando el conjunto: la de libertad ó la de necesidad, la de autonomía ó la de autoridad, á la que puede reducirse toda la doctrina; como en el hombre, el cuerpo ó el espíritu son las expresiones simples en que podemos concretar todas las manifestaciones vitales.

El derecho penal no ha podido sustraerse á tales límites: como las demás ciencias ha sufrido el embate pasajero de las teorías y de los sistemas, y en la historia de las ideas penales tenemos la prueba palpable de ese flujo y reflujo: ya es la libertad, ya es la necesidad la ley que gobierna al hombre y al organismo social.

La nueva escuela niega la antigua; pero no la tacha de errónea en sus principios, sino de inútil, porque de los resultados de éstos no aparece la solución del problema de la criminalidad.

No se castiga—dice la teoría moderna—porque

el hombre sea libre, y la ley de justicia obligue á reprimir la conducta antisocial de un hombre: el *jus puniendi* tiene su fundamento en la necesidad de la defensa social, en la precisión de garantir la estabilidad de las relaciones humanas contra la perturbación criminal, sea voluntaria ó necesaria, sea libre ó fatalmente determinada.

En la práctica, es indiferente que el ladrón sea un hombre normal ó un cleptómano, porque el hecho cierto es que desconoce nuestro derecho de propiedad, y necesitamos que se nos ampare; y en el homicidio ya se trate de un impulsivo ya de un reflexivo, el resultado del disparo es idéntico.

La necesidad de proteger el derecho contra el hecho criminal es incuestionable. Este principio conciliado con el derecho del delincuente, nos ofrece, por obra de la moderna penología, los distintos tratamientos á que debe ser sometido el autor de la perturbación, que será la reclusión en una cárcel, en un manicomio, en un establecimiento de educación, ó bien la sujeción á determinadas obligaciones que aparten al delincuente del crimen.

A principios del siglo XIX coexistieron en Europa tres hombres de excepcional talento: Anselmo Feuerbach, consejero secreto del rey de Baviera; Giandomenico Romagnosi, podestà del Trentino, y Jeremy Bentham, autor de la doctrina utilitaria.

De ellos arranca la primera manifestación de la escuela de la defensa social.

Feuerbach, en sus obras *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (1) y *Revision der Grundsatze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (2 vol. in 8.º, 1799-1800-1808), expuso la fundamentación jurídica de la pena en el Estado del siguiente modo: el Estado debe intentar, en la medida que lo requiera el *peligro* que nace de la lesión jurídica, someter por la amenaza legal de un mal sensible los estímulos sensibles también de donde nacen aquellas transgresiones, aspirando á vencerlos en virtud de la coacción psíquica é interna.

La idea de defensa se encuentra en Romagnosi que enseñaba que *il diritto penale compete alla societa unicamente in forza dei rapporti dell'avenire* (2), y que no es más que *il diritto di difesa modificato dalle circostanze sociali, ossia una specie del diritto generico di difesa* (3).

Bentham en su *Teoría de las penas y de las recompensas* (lib. I, cap. I) dice que «las penas legales son males impuestos, según las formas jurídicas, á individuos convencidos de algún acto daño-

---

(1) 1801. XII edic. por Mittermaier. Giessen, Heyer. 1836.
(2) *Genesi delle leggi penali*, Pavía. 1791, pár. 241.
(3) Ibid. pár. 332.

so prohibido por la ley, y con objeto de prevenir actos semejantes» (1).

La intimidabilidad y el utilitarismo penal de Bentham, la coacción psíquica y la ejemplaridad de Feuerbach, y la prevención y *controspinta criminosa* de Romagnosi, evolucionando y amalgamándose han venido á formar el precedente de la defensa social.

La verdadera novedad de la teoría se halla en la concepción del *estado peligroso* como criterio de punibilidad. Poco importa que el individuo de que se trate sea un hombre normal animado de mala voluntad ó un degenerado ó un loco; basta que se manifieste como *peligroso* para que nazca el

---

(1) Sabido es que el *ciudadano del mundo*, como Bentham se hacía llamar, no redujo su teoría á libros; y lo que de él conocemos es debido á la diligencia del ginebrino Dumont. Pueden consultarse los trabajos de éste y de nuestro compatriota D. Toribio Núñez, cuya legítima gloria ha sido reivindicada por el Sr. Silvela en su discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, que desarrolla concienzudamente esta tesis: «Bentham: sus trabajos sobre asuntos españoles; expositor de su sistema en España». (Tomo VII, Madrid, 1908, págs. 7 y siguientes.) Sin embargo, el único libro en que hemos encontrado un adecuado desarrollo de la doctrina utilitaria respecto á la responsabilidad penal, es el de Adolphe Landry, *La responsabilité pénale*, París. Alcan, 1902. II partie. *La responsabilité pénale dans la doctrine utilitaire*, páginas 109-192.

derecho de prevención y de defensa social (1).

La idea de peligro social se encuentra, no sólo en los partidarios de esta teoría, sino también en otros muchos autores: en Spencer, al exponer sus ideas sobre la reparación y al hablar de las fianzas que los ciudadanos pueden dar por los delincuentes, tomando á su cargo el deber de proteger á la sociedad (2); en Garofalo, cuando habla de la *temibilita* ó inidoneidad del criminal para la vida social (3); en Dorado, al tratar de la cantidad de peligro que hay en una persona para un medio social determinado, como criterio de punibilidad (4); y en todos los defensores de la nueva doctrina, es-

---

(1) El desarrollo de esta importantísima materia se encuentra en el *Boletín de la Unión internacional de derecho penal*, especialmente en el vol. XIII y posteriores, en los que puede verse la bibliografía, y en el cap. IV de este libro.

(2) *Etica de las prisiones*. Trad. de Unamuno. Madrid. La España Moderna. S. f. páginas 45 y siguientes.

(3) Garofalo usó por vez primera la palabra *temibilita* en su obra *Di un criterio positivo della penalita*. Nápoles, 1880. También se encuentra empleada en la *Criminología* (tercera parte, cap. II, III), y en la *Riparazione alle vittime dei delitti*, *passim.*, y especialmente cap. III, III. Véase el interesante cap. V «La escuela italiana y la individualización fundada sobre la temibilidad», de la monografía de Saleilles *L'individualisation de la peine*. París. Alcan, 1898, páginas 91 y siguientes.

(4) Cons. *Bases para un nuevo derecho penal*. Barcelona, Soler. S. f. II, núm. 27, pág. 45.

pecialmente en von Liszt (1) y los autores alemanes, que lo denominan *Gemein Gefahrlichkeit.*

Estas manifestaciones de la idea de peligro en tan distintos autores, comprueban que no es una elucubración ó un afán de originalidad, sino una concepción de las bases á que se debe ajustar la lucha contra el crimen, en vista de los caracteres que presenta la delincuencia en la época actual.

¿Quién puede negar la indiscutible justeza de la clasificación de los criminales en corregibles é incorregibles, en habituales y ocasionales, en defectuosos y normales? ¿Quién dudará de la necesidad de someter cada clase de criminales á un tratamiento diverso, en interés de la sociedad y del mismo delincuente?

Las escuelas hasta hoy reinantes no han tenido en cuenta estos datos para combatir eficazmente el delito. La nueva teoría no piensa que llegue, merced á ella, el tiempo en que la criminalidad desaparezca de la tierra; pero si espera fundadamente que disminuya en gran escala el número de delincuentes, cuando se entable con nueva orientación y procedimientos la lucha contra el delito, que es la fórmula de la política criminal.

MM. Prins, en Bélgica; von Liszt, en Alemania;

(1) *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 18 Auflage*, Berlín. Guttentag. 1911. *passim.* y esp. *Einleitung*, II, párrafos 14-17, páginas 72-93.

van Hamel, en Holanda; Garçon, en Francia; Alimena, en Italia; Nabakoff, en Rusia; Thyrén, en Suecia; Stooss y Seuffert, en Austria, y Saldaña, entre nosotros (1), laboran por difundir estas ideas, base verdadera de un derecho penal *eficaz*.

FEDERICO CASTEJÓN.

---

(1) Entre los españoles no citamos más que al sabio catedrático de la Universidad Central D. Quintiliano Saldaña. Las doctrinas del ilustre maestro salmantino D. Pedro Dorado, aunque tienen muchos puntos de contacto con las de la defensa social, difieren de las de ésta por sus radicalismos, que las hacen inadecuadas para su establecimiento en la sociedad actual y en las generaciones inmediatamente venideras. Por esta razón no figura el Sr. Dorado entre los defensores de la nueva teoría.

INTRODUCCION

El recuerdo del romanticismo comienza á desvanecerse.

El romanticismo caracteriza parte del siglo XIX. En 1862 revestía una forma sorprendente en *Los Miserables*, de Víctor Hugo, cuya obra estaba penetrada por la generosa utopia del siglo XVIII; y la sociedad prendada del sueño de una edad feliz en que la miseria y el crimen hubiesen desaparecido, se dejaba llevar por una confianza ilusoria.

Pero la gran quimera optimista ha perdido mucho de su magnificencia; teníamos del mal una noción demasiado exterior y muy superficial; y el siglo XX comprende mejor que ningún otro las dificultades del problema.

Lo que subsistirá del hermoso impulso de la generación precedente, es la humanización del espíritu público y la renuncia definitiva á los borro-

nes irreparables, á las penas sin remedio, á los rigores sin utilidad y sin objeto.

Por lo demás, en momentos en que los progresos realizados en las ciencias naturales y en las ciencias morales han modificado de manera tan completa el pensamiento contemporáneo, el derecho penal no ha podido quedar fuera de este movimiento de renovación y se ha transformado á su vez.

El hecho que se hace notar de la transformación, es el abandono de la base tradicional y clásica del juicio represivo: el principio de la responsabilidad subjetiva del culpable, y la adopción de una base más objetiva: el principio de la defensa social.

El derecho penal clásico aisla al culpable de lo que le rodea y analiza sobre todo su voluntad en el momento en que cometió la infracción.

El derecho penal nuevo se refiere á ciertos seres sociales que tienen deberes para con la comunidad, y ve sobre todo en el criminal al individuo que atenta al orden social.

La escuela clásica, admitiendo con Aristóteles que el acto está por entero contenido en el pensamiento, ve siempre en el crimen la exteriorización de un pensamiento culpable. Considera al criminal como individuo inteligente y libre que hace el mal, sabiendo que lo hace y queriendo hacerlo. Es

castigado porque es responsable. Es responsable porque su falta es consciente y voluntaria; y la pena, en el sentido clásico de la palabra, es el único remedio posible del delito, y la única compensación equitativa de la falta cometida.

Se dice que separándose del principio de la responsabilidad y de la pena, se concluyen consecuencias monstruosas ó ridículas; se castiga á los inocentes, y los culpables no son castigados proporcionalmente á la intensidad de su falta. Ahora bien, se trata precisamente de mostrar que la concepción de la defensa social por completo diferente de la concepción clásica de la pena y mucho más amplia que ésta última, se concibe á veces independientemente del estado de responsabilidad, pero nunca independientemente del estado psíquico del individuo.

Por lo demás poco importa que las medidas á tomar no respondan siempre al modelo y á la idea clásica de la punición, con tal que, sin provocar injusticias ni causar sufrimientos inútiles al individuo, sean favorables al orden social, que tiene necesidad de una mayoría de gentes honradas.

La doctrina de la responsabilidad se apoya en la hipótesis de un hombre normal dotado de una voluntad inteligente y libre. Y nosotros debemos investigar ante todo por qué esta frágil base está conmovida desde todos los puntos de vista.

I

El hombre normal ó medio.

1) *El hombre normal en sí mismo.*

El hombre normal es, por excelencia, el producto del espíritu clásico, constituyendo con todas sus piezas un tipo susceptible de servir de común medida á la humanidad.

Este tipo es, en derecho romano, el *bonus pater familias*, que pone en su conducta la prudencia, la atención, el buen sentido, que son indispensables si se quiere no dañar á los demás.

Es, para el siglo XVII y el cartesianismo, el sér racional, simple, noble, digno, bien intencionado, lleno de serenidad y de ponderación, y uniendo, á la plenitud del equilibrio mental y moral, la facultad de resistencia al mal.

Para el siglo XVIII y el kantismo, es siempre el mismo hombre razonable, idéntico á sí mismo en

todo tiempo, en todo lugar y cuyos caracteres generales permanecen siempre iguales.

Para el siglo XIX el tipo es aún más convencional: es una resultante de grandes números, y se hace el hombre medio de Quetelet.

La apreciación de la culpabilidad del delincuente, según esta medida común, no exige el concurso de profundos psicólogos como Shakespeare ó Balzac, cuyo genio ha recorrido toda la escala de las pasiones humanas; es bastante un geómetra capaz de comparar con la medida común adoptada, las desviaciones que constituyen el delito.

El hombre normal ó medio no es más que una fórmula matemática que reduce las particularidades á lo general, eliminando lo que es individualidad, originalidad y diferencia, y que refiere todo al esquema abstracto de un sér que no vive, que no ha vivido nunca, porque no puede vivir y porque un término medio no responde á ninguna realidad viviente.

Nosotros encontramos caballos de tiro, caballos de labor, caballos de carrera, caballos de silla, sementales reproductores; el caballo de tiro se diferencia según que deba arrastrar un carricoche de cervecero, una cureña de cañón, un coche de alquiler ó un carruaje de lujo; pero no hay caballo medio; y el caballo medio sería impropio para cada uno de estos servicios. De la misma manera,

no hay hombre medio; no hay hombre normal.

El teórico del hombre medio ó normal ha hecho como Adam Smith cuando introdujo en la economía política lo que llamaba *the economic man,* el productor ideal de riqueza, en quien el interés personal, estimulado por la libertad, se confundía con el interés general. En los dos casos se ha recurrido á un procedimiento que simplificaba los hechos, pero que no tenía en cuenta las individualidades de carne y hueso ligadas á su ambiente, á sus condiciones sociales, á sus prejuicios, á sus intereses. Y en los dos casos se han descuidado las cosas concretas, es decir, las calidades, las aptitudes individuales, la cultura individual, los deberes especiales de cada uno, las disposiciones, las pasiones, las cualidades y los vicios, el carácter y el temperamento.

Y hasta suponiendo que fuese posible intentar un ensayo de generalización, lo que se encontraría con más frecuencia no sería el hombre normal, sino el hombre anormal. Desde el que nunca está conforme, desde el irregular, el excéntrico, el indisciplinado, el bohemio, el vagabundo buscador de aventuras, hasta el insuficiente mental y moral, hasta el maníaco, hasta el alienado ó el idiota profundo, hay grados infinitos de estados incompletos ó defectuosos, cuyo término medio no da, en modo alguno, un hombre normal.

Tanto menos podemos aceptar «el hombre normal» como *criterium* de nuestra conducta en el siglo XX, cuanto que estas palabras son signos verbales que designan distintas imágenes y diversas ideas cuando se aplican al ciudadano de Roma disciplinado por el derecho antiguo, ó al sér de razón del siglo XVII disciplinado por el espíritu clásico, ó al burgués del siglo XIX que, después de agitaciones trágicas apenas apaciguadas, estaba ante todo ávido de calma y de reposo, ó al hijo de nuestra civilización contemporánea, intensa y anhelante. Nuestras horas se deslizan rápidas, febriles, arrastradas por el tumultuoso torrente de sensaciones y de excitaciones perturbadoras de la hermosa armonía de las facultades. Todo contribuye á acrecer las ocasiones y las tentaciones de perjudicar, el número de los actos nocivos y el número de los que dañan.

El hombre obra con más exuberancia y temeridad; el más diligente puede estar rendido y enervado; tenemos menos tiempo de calcular nuestros movimientos; los decaimientos son más frecuentes; las faltas más inevitables, su repercusión más profunda.

Todo ello es tanto más evidente cuanto que jamás los estudios relativos al individuo mental y moral han sido más profundos. Nosotros conocemos mejor que antes los repliegues del organismo

humano, la delicadeza de los resortes que le hacen obrar, los secretos de esta sensibilidad cuyos matices imperceptibles constituyen la diversidad de caracteres; nosotros apreciamos mejor los arrebatos de la pasión y las defectuosidades de la inteligencia.

Sabemos mejor que antaño que el hombre es un fenómeno lleno de oscuridades y contradicciones, y que hay en cada uno de nosotros alguna cosa que nosotros mismos no comprendemos.

Esto es lo que Brunetière expresa al decir: «Sabemos hoy que el corazón humano es una mezcla de grandeza y de bajeza, que es variable y mudable, eternamente agitado de inquietud, misterioso y profundo, enigma irritante, insoluble y desesperante» (1).

Y antes que él Goethe había escrito: «nuestro yo es una multitud».

Nosotros hemos aprendido que esta multitud es un infinito, que el sér viviente se subdivide en órganos, que estos se descomponen en tejidos, los tejidos en células, las células en micras; y que una vida individual es la resultante de millones y millones de vidas celulares asociadas según un cierto plan y para un cierto objeto.

---

(1) Brunetière: *Etudes critiques*. 4.ème serie, páginas 158 y 159. París, Hachette, 1894.

Este yo es un misterio, y no se funda el derecho de castigar sobre un misterio.

2) El hombre normal y el ambiente.

Y no es solamente que la concepción demasiado simplicista del hombre normal, no responde á las necesidades actuales; es también la concepción demasiado simplicista de las relaciones del individuo con el mundo.

El hombre se había considerado durante mucho tiempo como el centro del universo y refería todo á su persona. El siente ahora que, para lo sucesivo, no puede aislarse de este universo, que es una parte del mismo, como la hoja forma parte del bosque, como la ola del océano, como en el drama musical de Wagner el canto individual forma parte de la orquesta. Por lo demás, es el mundo una orquesta inmensa en que la armonía brota de la infinita variedad de vibraciones sonoras.

El mundo viviente es como la individualidad viviente, el producto de una complejidad inaudita de elementos físicos, químicos, intelectuales y morales. Se desarrolla incesantemente en el sentido de la especialización y de la diferenciación de las formas, de las fuerzas, de los organismos, de los movimientos; multiplica incesantemente las relaciones entre los seres y entre las cosas.

En este conjunto diversificado, cuyas ramificaciones se entrecruzan, la miseria, la enfermedad, la degeneración, el vicio, la ignorancia, las pasiones malsanas, los síntomas de una vida impetuosa y sin freno ó de una vida empobrecida y anémica, se combinan con todas las manifestaciones de la salud, de la belleza, de la fecundidad y del trabajo.

El ritmo del crimen acompaña el ritmo de la actividad honesta; se acelera con la civilización por las razones que hacen crecer el número de accidentes con el desarrollo del maquinismo; la criminalidad no es, después de todo, como ha dicho von Liszt, más que una de las formas de la vida social. También ella, en el torbellino de corrientes en que las fuerzas útiles y nocivas chocan y se confunden, es una corriente de límites indecisos cuyas aguas quieren á veces volver á encontrar las de las otras corrientes.

En este dominio nada está absolutamente separado y el observador atento de los hechos ve en todas las direcciones aparecer tantos grados intermedios, que le cuesta trabajo discernir dónde concluye una especie de seres, dónde comienza otra.

Del mismo modo que del calor al frío, una serie de estados sensibles de la atmósfera que registra el termómetro, nos lleva de las más altas á las más bajas temperaturas; del mismo modo, de la

plenitud del equilibrio intelectual ó físico á la demencia y á la enfermedad incurable, hay una escala de imperceptibles gradaciones; y lo mismo desde el hombre honrado que hace el bien por amor del bien, hasta el criminal que hace el mal por deseo del mal, hay una dilatada zona de múltiples matices que por un extremo descansa en la virtud y por el otro en la perversidad.

Es, pues, una equivocación haber descuidado los grados intermedios, haber reducido todo á la unidad y haber trazado una frontera bien clara entre el delincuente normal responsable y justiciable y los otros. Porque las fórmulas simplificadoras y generales de la jurisprudencia clásica no concuerdan con la fluidez, la variedad y la complejidad de la realidad viviente, siempre en evolución.

3) *El hombre normal y la voluntad libre.*

Añadamos que la justicia clásica es también demasiado sencilla y demasiado abstracta cuando no considerando más que los hechos voluntarios y conscientes de este hombre normal, cree, con la filosofía de los siglos XVII y XVIII, en el poder infinito de la razón sobre la voluntad, y cuando llega á personificar la voluntad y á hacer de ella una especie de piloto capaz de guiarnos á través de los escollos de la vida.

Esto trae á la memoria, salvando todos los miramientos, el procedimiento de los pueblos primitivos que en la agitación de los árboles, de las olas y de las nubes percibían movimientos voluntarios y los personificaban sin investigar el encadenamiento de las causas de estos fenómenos, y recuerda á los astrólogos de la decadencia del paganismo que en las constelaciones veían, no fuerzas cósmicas, sino dioses dotados de voluntad.

Nosotros no estamos menos convencidos de que la psicología clásica se haya dado cuenta exacta de la esencia de las fuerzas físicas que nos hacen obrar, cuando ha referido nuestra personalidad moral á este elemento irreductible, la voluntad inteligente y libre.

Somos, como dice Boutroux, «una diversidad motriz» (1). Nuestra voluntad no puede ser considerada como una abstracción destacada de la realidad en que está sumergida.

Hay siempre en nosotros una actividad real en relación con un carácter real. Las palabras—voluntad inteligente y libre—no representan exactamente la mezcla de subconciencia y de conciencia, de instinto y de reflexión, de imaginación y de razonamiento, la asociación de pensamientos y de actos cuyo agregado constituye el hombre viviente.

---

(1) *Science et Religion*. París, 1908, pág. 301.

Este hombre viviente marcha hacia su fin por vías menos simples de lo que llamamos los factores elementales de la responsabilidad clásica.

¿Qué es, después de todo, una voluntad libre, eligiendo motivos de acción y sufriendo en esta elección la marca de la herencia?

¿Qué es una voluntad inteligente que permite razonar con una lógica cruel y obrar con una perversidad refinada? *Video meliora deteriora sequor.*

¿Qué es una inteligencia que, por deducciones de un rigor inexorable, concluye indiferentemente en el error ó en la verdad, en el sistema de Ptolomeo ó en el de Copérnico ó Galileo?

¿Qué significan nuestros sutiles análisis, nuestra lógica aguda que descompone y disuelve, en una época de síntesis constructiva, en que nos separamos del intelectualismo para aproximarnos á una filosofía del esfuerzo y de la energía humana concebida en su complejidad física, espiritual y moral? (1).

Si el ejercicio del derecho de castigar exige la evaluación exacta de los diferentes elementos constitutivos de una voluntad inteligente y libre, las dificultades para castigar aumentan.

Porque estudiando las múltiples influencias que

---

(1) Sabatier: *La Philosophie de l'effort*. París, Alcan, 1903; William James: *Psychology*. New-York, 1892.

han hecho presa de nosotros, tratando de ponderar la dosis de importancia que es preciso atribuir á la raza y al clima, á las neuronas y á los centros nerviosos, á las circunstancias, al ambiente y á la herencia, al grado de desarrollo del espíritu y á la naturaleza del temperamento, jamás encontraremos las condiciones de la plena responsabilidad. Siempre veremos acumularse las causas que perturban la actividad normal de la voluntad; en lugar de encontrar ante nuestra vista al sér de razón de la filosofía cartesiana, tendremos el sér de sensación de Pascal y de los jansenistas, y percibiremos á veces un infeliz muñeco humano cuyos hilos parecen tener las oscuras potencias del Destino y cuya misma miseria protege contra una condena penal.

Por lo demás, tomando ejemplos de nuestro alrededor, es fácil mostrar el desacuerdo existente entre la doctrina clásica y las realidades sociales.

He aquí bandas errantes de gitanos: feriantes, cesteros, saltimbanquis, caldereros, que recorren nuestros países de Europa, ignorando su edad y su origen: sin estado civil, sin derechos, sin deberes, exentos de tributos, viven fuera de nuestras tradiciones y nuestras costumbres; explotan los niños, los adiestran para la mendicidad, cometen delitos cuando la ocasión se presenta, y obran libre y voluntariamente sabiendo lo que hacen.

Nuestra justicia escrita ordena herirles con penas. La justicia social prohibe asimilar la independencia salvaje y feroz de estas razas nómadas á la disciplina y á las convenciones de nuestras razas sedentarias pulidas por siglos de cultura.

He ahí en el centro de Africa tribus congoleñas que reproducen la organización social de nuestras tribus primitivas, y cuyas creencias, ideas y usos están separadas de las nuestras por un abismo. Cuando ejecutan actos que nosotros llamamos crímenes y delitos, los cometen consciente y voluntariamente. La escuela clásica permite herirles con castigos, mientras las reglas de la colonización mandan educarlos en la civilización antes de usar contra ellos las armas de la civilización.

He aquí el alcoholismo, que es el gran proveedor de la criminalidad violenta y sanguinaria y el gran destructor de la responsabilidad. Si la responsabilidad es la base de la penalidad, el juez debe absolver á los autores de las tres cuartas partes de los actos de violencia ó aplicarles penas insignificantes, y así estos actos no hallarán nunca diques suficientes.

En las clases laboriosas encontramos borrachos perezosos y brutales que aborrecen el trabajo y maltratan á una mujer que se extenúa para ganar el pan cuotidiano, y vemos niños á los que su pa-

dre inspira espanto y pesar. Se sabe que estas escenas repugnantes son frecuentes, y se tornan á veces en terribles escenas de muerte ó de violencia.

Una sociedad impotente para impedir la destrucción de la familia, y que no tiene derecho de intervenir más que cuando es demasiado tarde, patentiza la quiebra de la escuela clásica. Y si la autoridad comienza á comprender que enfrente de los crímenes del alcoholismo, sólo la prevención es eficaz, y asume el deber de colocar á los alcohólicos peligrosos fuera del estado de dañar antes que ellos hayan obrado, si existen asilos para bebedores habituales y si numerosos proyectos de ley consagran la utilidad de estas instituciones (1), todo esto quiere decir que se tiende á adoptar el punto de vista de la defensa social.

En apoyo de la tesis, yo puedo citar hasta los crímenes pasionales.

Porque el juez que, por respeto hacia el principio de la responsabilidad, excusa aquí al culpable, sacrifica la víctima á la belleza de una teoría; y el juez que, por respeto hacia el principio de seguridad, castiga al homicida que ha matado bajo el imperio de la pasión, sacrifica el *criterium* funda-

---

(1) Ver especialmente el pár. 33 del anteproyecto de Código penal suizo de Julio de 1909 y el pár. 36 del anteproyecto de Código penal austriaco de Septiembre de 1909.

mental de la responsabilidad, es decir, la libre voluntad, cuyo uso ha abolido la pasión.

Por consiguiente, reducir el derecho de intervención de la justicia al derecho de castigar voluntades inteligentes y libres, es chocar de hecho con obstáculos considerables.

II

El método clásico y la filosofía de la responsabilidad penal.

Además, compeliendo al magistrado á investigar en cada caso si el autor del hecho imputado ha obrado libremente ó no, la escuela clásica le lanza en la mezcla confusa en que desde hace siglos están presos deterministas é indeterministas, y en esto mismo aquélla encierra una causa de debilidad.

Porque el determinismo es un método científico; el indeterminismo es un método moral (1). Pero ninguno de estos métodos es arma útil en manos de los que están encargados de aplicar la ley penal, y ambos imponen á los jueces una labor que sobrepuja sus fuerzas.

El determinismo es un método científico: la ciencia se ocupa de hechos y supone cierta fijeza.

---

(1) Schiller: *Studies in Humanism*. London, 1907, páginas 391 y siguientes.

Para que una experiencia científica ó un cálculo científico tenga valor y pueda formarse la noción científica de ley, es preciso que se pueda contar sobre la regularidad de las relaciones de causa á efecto, y que el universo no aparezca como un caos abandonado al imperio de la fantasía.

El indeterminismo es un método moral: la moral se ocupa de individuos y supone cierta libertad. Para que haya diferencia entre el mal y el bien, para que un principio moral tenga valor y pueda formarse la noción moral del deber, es preciso que una acción sea posible, á pesar de las tentativas en contrario sentido y que el hombre no aparezca como una máquina regulada por la necesidad. Desde que un movimiento es puramente mecánico, no es ni moral ni inmoral.

Pero ninguno de ambos métodos puede ser aceptado sin reserva por jueces encargados de aplicar la ley penal á los culpables.

1) El determinismo.

Consideremos en primer lugar el determinismo.

Existe una forma de determinismo en cierto modo empírica: ésta es aceptable por todos, y sin ella la manera de ser de la criatura más razonable no se distingue de la fantasía del alienado ó de la incoherencia del vuelo de la mosca, que según la

expresión de Ruskin «se agita sin motivo y sin objeto, como si el universo no existiese para ella».

Semejante determinismo relativo significa una cosa simple é indiscutible: que nuestros actos se relacionan con nuestra persona; que los diferentes momentos de una actividad psíquica normal y regular presentan un encadenamiento normal y regular; que nuestra vida está tejida por hábitos.

La causalidad moral está del mismo modo reducida á una especie de habituación de conducta y se confunde con una cierta constancia, una cierta continuidad y una cierta unidad de carácter. Ella es la expresión del hecho experimental que el hombre que en la vida práctica es de una alta moralidad nos inspira confianza, mientras que el hombre de una moralidad dudosa nos hace temer.

Seguramente, fuera de esta verdad evidente y banal, hay un determinismo moral menos inofensivo y que entraña la desaparición de la pena. Es debido al entusiasmo científico. Aparece ya entre los caldeos que, observando que una ley inmutable dominaba los movimientos de los cuerpos celestes, extendieron sus efectos á todos los fenómenos morales (1).

Este determinismo esclaviza la voluntad á un

---

(1) Franz Cumont: *Les Religions Orientales dans le Paganisme Romain*. París, 1907, pág. 216.

orden rígido é ineluctable, destructor de todo impulso espontáneo, de todo esfuerzo libre. Por virtud de semejante determinismo, el desarrollo de un drama judicial es tan fatal como la trayectoria de un planeta en la extensión de los cielos.

Sólo que tal determinismo no tiene derecho de ciudadanía en el recinto de los tribunales y sus conclusiones chocan con hechos que desmienten la necesidad de nuestros actos.

Todos, en efecto, tenemos deseos nobles ó vulgares; perseguimos objetos buenos ó malos; nuestra actividad se desplega á través de éxitos y reveses; salvamos obstáculos, buscamos apoyos, elegimos para vencer los medios que nos parecen mejores. Y cuando nos engañamos, tratamos de reparar nuestro error, sin preguntarnos si éramos libres ó fuimos forzados á cometerlo.

En una palabra, jamás somos espectadores pasivos de lo que pasa en nosotros. Tenemos, por el contrario, conciencia de ser actores. Formamos proyectos, renunciamos á ellos, los modificamos, prohijamos otros nuevos.

En tanto que una máquina puesta en movimiento no duda en funcionar, mientras que el agua que se hiela bajo la acción del frío no delibera sobre la manera más rápida de congelarse, nosotros reflexionamos, deliberamos, dudamos. Se puede decir que aun para el hombre de acción una decisión

está formada por múltiples vacilaciones íntimas.

Somos, pues, cosa bien distinta de puros mecanismos. Está en nosotros el liberarnos de la causalidad física y nos está permitido tender libremente á un resultado.

Todavía hay otra prueba del hecho de que estamos dotados de cierta libertad interna de acción y de reacción y de la cual usamos.

En el dominio de la naturaleza física la predicción es á veces posible: el sabio determinará de antemano la desviación de la brújula, la fecha de un eclipse ó de la vuelta del cometa (1). Pero en lo que concierne á la conducta de los hombres, podemos intentar adivinarla, pero jamás podremos calcular con seguridad lo que harán nuestros semejantes: lo que llamamos el azar hace fallar nuestros cálculos.

El acto futuro, algunas veces es probable, jamás es cierto. El determinista más convencido se engaña en sus previsiones tanto como el indeterminista. Cada uno de ellos explicará de distinto modo su error.

El indeterminista dirá: yo había necesariamente de engañarme; soy incapaz de saber cómo va á obrar otro hombre, porque su voluntad, que es libre, escapa á mi intervención.

---

(1) Louis Havet: *L'Unité de la Science*. (*Revue Bleue*, Noviembre, 1905, pág. 644.)

El determinista dirá que se ha engañado accidentalmente porque no ha conocido todos los determinantes de la voluntad y que, por tanto, los datos indispensables para la exactitud de su cálculo, le han faltado.

Pero en ambos casos, para nosotros, con nuestras facultades limitadas, el resultado es idéntico. Todavía está oculto á nuestra vista, lo que sucederá mañana. La hora que va á sonar nos trae lo desconocido y el porvenir se nos manifiesta como incierto: es decir, que á nuestra mirada, es libre.

El determinismo absoluto aplicado á los incidentes de la vida humana, por una especie de sofisticación de la ciencia, ha dado á luz la astrología, la magia, los oráculos, la cábala, los presagios y los horóscopos, cuyo engañoso aliciente seducía la ignorancia de las muchedumbres y alimentaba su fe en la previsibilidad de lo futuro.

Y es una conquista del espíritu moderno, como demuestra M. Cumont (1), el saber que los astrólogos y sus sortilegios, los nigrománticos y sus conjuros, los Cagliostros y sus prestidigitaciones, no han tenido más valor que las zahoríes de la buena ventura de nuestras ferias.

Y la convicción de que no podemos predecir el porvenir no es solamente un progreso; es además

(1) Cumont: ob. cit., páginas 210 y siguientes.

un argumento en favor de la libertad y contra el determinismo fatalista, porque nuestra impotencia para profetizar proviene de que el hombre es inventor y creador, en virtud de una energía moral que escapa al cálculo y á la necesidad (1). Estamos ante posibilidades innumerables; nuestra

(1) Es preciso recordar que el pasado más lejano ha sido también, á su vez, futuro misterioso, incierto, desconocido? Si en una ojeada retrospectiva aparece como congelado, rígido, inmutable, no es sino por una especie de efecto óptico: el acto realizado otras veces nos parece haberse debido producir tal como se ha producido por la sencilla razón de que entre todos los actos realizables no percibimos más que este acto aislado y no la multitud de los que podían producirse y no se han producido.

En 1909, la guerra franco-alemana de 1870 y la derrota de Francia se nos presentan como inevitables. Pero durante las negociaciones relativas al trono de España no se podía tener certeza sobre su resultado. Las Memorias de Emilio Ollivier tienden á demostrar que la guerra pudo no declararse, ó al menos no estallar entonces. «Porque acontecimientos considerados como inevitables, dice Emilio Ollivier (*Revue de Deux Mondes*, 1.° Junio 1909, pág. 508), no se han producido jamás».

En 1785 el Conde Beugnot escribía en sus Memorias (París, Dentu, 1866, pág. 57): «Montgolfier hace el curioso é *inútil* descubrimiento de los globos». A fines del siglo XX la conquista del aire por los dirigibles y los aeroplanos habrá provocado indudablemente en las cosas de la paz y la guerra transformaciones que nuestros descendientes encontrarán completamente naturales y lógicamente determinadas. Pero, en este momento, ignoramos los cambios que los progresos de la mecánica producirán en las relaciones humanas.

actividad se ejerce sobre un juego inagotable é infinito de combinaciones.

2) El indeterminismo.

Pero ¿síguese de aquí que la justicia penal deba inspirarse en el indeterminismo? Del mismo modo, es completamente imposible. «El indeterminismo, ha dicho Amiel, es la religión del capricho». Notemos, en primer término, que si se admitía que la voluntad está por encima de toda motivación, el juez estaría tan embarazado para castigar como en la doctrina más radical del determinismo. Porque no se hiere á cualquiera por hechos extraños á su personalidad moral. Y como dice von Bar (en su libro *Gesetz und Schuld)*, si los motivos no tienen influencia sobre la voluntad, la pena no valdrá más que cualquier otro motivo; será un motivo para abstenerse del crimen. Desde entonces la pena no es ni útil ni ejemplar, y se llega á la conclusión de que el hombre más refractario á la penalidad será el hombre más libre, es decir, aquel cuya voluntad esté completamente libre de toda motivación.

Incontestablemente, para la escuela clásica hay una manera muy sencilla de plantear el problema: no se castiga á un hombre más que cuando ha

hecho lo que quiso hacer, ha sabido lo que hacía y el acto ha surgido de su conciencia.

Pero tras este sencillo problema se alza otro tan complicado que si los magistrados intentan penetrar verdaderamente sus misterios, y piensan en lo de cosas graves y perturbadoras que contiene la palabra «responsabilidad», no hay siquiera uno que se atreva á juzgar á sus semejantes y que no deje caer de sus manos la espada de la justicia.

He aquí ese problema:

Lo que quiero hacer ó no hacer depende de mi carácter, y mi carácter depende de circunstancias sobre las que no tengo ningún poder; está sometido, sobre todo en su formación inicial, á factores de los que no dispongo.

Jamás podemos considerar en su conjunto las condiciones de esta formación primera; jamás podemos representarnos el agregado primitivo de los pensamientos, de los sentimientos, de las voluntades, de las innumerables fuerzas psíquicas, morales, físicas, que se entrecruzan, se confunden, se penetran y se fusionan para componer una individualidad.

Nadie podrá precisarnos en qué momento y por qué motivo, las facultades indecisas que buscaban su dirección entre los senderos que cruzan en todos sentidos la inmensidad del mundo moral, se han orientado hacia el bien ó hacia el mal. Y

hasta cuando se dice que la degeneración del culpable proviene de la ineptitud atávica ó adquirida ó de una inclinación viciosa, no se da solución, puesto que el mismo vicio implica un elemento de fatalidad hereditaria. «Ciertos hombres, dice Hamlet, llevan desde su nacimiento tristes estigmas de que no son responsables, porque no han tenido la elección de su origen».

El sér vicioso no ha pedido nacer, ni se ha dado su organismo, ni su ambiente, ni sus defectos congénitos. La fracción mínima de su conducta, sometida á los jueces durante pocos minutos de una audiencia, no es nada en comparación con la tradición secular que sobre él pesa; la aparición momentánea de las pasiones en la superficie del mundo, la explosión efímera del deseo criminal, es á veces el resultado de energías lejanas, cuyas vibraciones se propagan todavía, como los rayos luminosos que en noche estrellada hieren las miradas, después de haberse extinguido el astro de que emanan.

Seguramente, tratando de remontarse á la causa de una acción, se descubre la serie lógica de estados sucesivos que la han motivado; y en un cierto momento esta acción se convierte en consciente y voluntaria y se explica perfectamente. Pero en el principio se pierde en las profundidades de lo inconsciente, y no se explica. El modo

de obrar de un hombre depende de circunstancias secundarias que nosotros desenredamos. Aquél tiene su punto de partida en la oscura é insondable región en que flotan las tendencias instintivas, las influencias cósmicas y étnicas, las tradiciones confusas cuyo Porqué inicial nos escapa. Así la causa última permanece oculta; no podemos alzar el velo de Isis, y continuamos tropezando con lo que hay de indefinible y de indescifrable en el destino!

Resulta de ello que, según el punto de vista en que se coloca el juez, puede declarar que mi acción es debida á mi libre voluntad y de la misma soy responsable, ó que mi acción es debida á mi naturaleza, á mi carácter, y de ella no soy responsable.

Tal es el equívoco que hace insoluble la cuestión y que ha hecho decir á Kant: «La verdadera moralidad de nuestras acciones, su mérito y su demérito, la moralidad misma de nuestro estado personal, permanece oculta para nosotros. Nadie puede escrutar ni juzgar con equidad cuanto hay en ellas de acción pura de la libertad, cuanto es debido á nuestra naturaleza y á los defectos ó á las buenas cualidades de nuestro temperamento» (1).

¿No es evidente que las penas impuestas y las

---

(1) *Critique de la raison pure.* Edic. Rosenkranz, página 432.

recompensas otorgadas por la autoridad, son creaciones artificiales del espíritu, que responden á nuestra concepción limitada é imperfecta de la justicia y no á la justicia absoluta?

Cuando hay correspondencia entre los éxitos y los reveses y la virtud y el vicio, hablamos de la justicia inmanente de las cosas; cuando hay desacuerdo nos indignamos contra los hombres y las cosas, sin ver que hay tanta distancia entre nuestros juicios convencionales y la verdad ideal, como entre nuestros conocimientos limitados y la realidad infinita.

El error de la escuela clásica está en haber confundido cosas tan desemejantes como la absolución y la condena de una parte, el mérito y el demérito de otra, y de haber, en suma, considerado los hombres como si fuesen siempre los árbitros de su suerte.

Si esto fuese cierto, todos los hombres de acción serían grandes reformadores y grandes capitanes; todos los intelectuales serían grandes sabios ó grandes genios.

Ahora bien, un genio no puede nada sin el trabajo, pero es tanto más genial cuanto que obedece en primer término á la inspiración; y la inspiración escapa á la voluntad.

Un pillo tiene siempre por base de sus descalabros la pereza, pero su degeneración es tanto más

profunda y más peligrosa para los demás, cuanto que obedece ante todo á los impulsos de una naturaleza inferior, y estos impulsos escapan á la voluntad.

Y desde este punto de vista es curioso notar cómo la doctrina que invoca exclusivamente la libertad moral, nos hace volver al derecho antiguo que la ignoraba.

No regateamos las censuras á nuestros antepasados. No queremos que las faltas de los padres caigan sobre los hijos. Repudiamos la crueldad de los erinnios persiguiendo la raza de los atridas por los crímenes del rey de Micenas; tachamos de bárbaro el derecho primitivo de Roma y nuestro derecho primitivo cuando castigan sin que haya dolo ó culpa consciente (1).

Y, sin embargo, los tribunales contemporáneos hacen todos los días lo que reprochan á los antiguos haber hecho. Condenan delincuentes que son víctimas de la sífilis, del alcoholismo, de la degeneración de sus padres. Es cierto que les imponen penas reducidas, pero en fin de cuentas, castigan en casos en que la responsabilidad personal se desvanece aute la responsabilidad hereditaria.

---

(1) Von Ihering: *De la faute en droit privé*, páginas 12 y siguientes.

III

El nuevo método y la filosofía de la defensa social.

1) El principio.

Nos dirijamos, pues, á los deterministas ó á los indeterministas, nunca tendremos una conclusión neta, precisa y satisfactoria.

Ambas teorías tienen el mismo defecto: pretender explicar por fórmulas simplicistas una naturaleza humana, compleja, oscura y contradictoria.

En nosotros existen influencias atávicas cuyos efectos se ejercen en el curso de nuestra vida, y debemos admitir cierta necesidad interna de nuestros actos.

En nosotros existe una facultad de reacción contra el medio, una actividad que tiende hacia un fin, y debemos admitir cierta libertad interna de conducta.

El fondo de nuestro ser es el punto de reunión

de estas dos tendencias. La libertad y la necesidad trabajan juntas para condicionar nuestra personalidad, para hacernos enérgicos y decididos ó débiles é indecisos, para hacer que yo sea yo mismo y no otro, que yo obre de esta manera y no de otra.

Toda vida es una lucha interior; toda lucha supone fuerzas contrarias; estas dos fuerzas diferentes, la invención y la tradición, se combinan en nosotros en proporciones que no podemos conocer. La mayor parte de mi existencia transcurre sin que yo mismo me dé cuenta de la dosis de libertad ó de necesidad que entra en cada uno de mis actos. En el momento en que escribo, no sé lo qué, en las opiniones que expreso, en mi manera de expresarlas, es debido á mis lecturas, á mis reflexiones personales, á mi educación, á mi ambiente, á mi naturaleza, á mi espontaneidad.

¿Cómo querer, pues, que estas cosas que ignoro, las sepa el juez y las adopte como regla de sus decisiones?

Lo que se le dice, no facilita su cometido.

He aquí ante la justicia represiva un asesino que en un pueblo tranquilo, á la vuelta de una senda, ha esperado y apuñalado á su adversario.

El órgano de la ley se contentará con mostrar el resultado y su causa inmediata; es decir, la víctima sacrificada y el arma dirigida por el brazo del

culpable, impulsado por una voluntad libre y reflexiva.

El órgano de la defensa se remontará más arriba en el encadenamiento de móviles y causas, y tratará de hacer resaltar todas las circunstancias que han arrastrado y subyugado la voluntad.

Si los jueces consideran únicamente uno de estos dos aspectos, darán un veredicto ú otro, según que hayan tenido en vista la libertad ó la necesidad. Y les será difícil decidir de qué lado debe inclinarse la balanza.

Si quieren considerar los dos factores reunidos, deberán entregarse á esta operación ardua: la conciliación de los contrarios; y la solución media que surgirá de sus deliberaciones, será como todos los términos medios: no responderá á la realidad.

La realidad aquí, es el aspecto social del drama: la población aterrorizada por el horror del crimen, la alarma producida en la tranquilidad de la vida rural y la necesidad de restablecer el curso regular y normal de ésta.

Y en el fondo, cuando un acto cualquiera ha sido ejecutado, lo que me parece más útil no es descubrir si el modo como ha sido conducido á su fin es un argumento para San Agustín y Calvino ó para Descartes, Kant, Eucken ó William James. Lo importante es averiguar si este acto constituye una ventaja ó un perjuicio para la sociedad, y

aprovecharnos, en la primer hipótesis, del bien obtenido, así como protegernos contra el mal en la segunda.

El derecho penal no tiene un carácter absoluto como el derecho civil ó el derecho mercantil ó rural. No tiene como fin esencial el triunfo de la moral, afortunadamente para él, porque no posee medios para realizar semejante labor; si lo intentase, pondría de manifiesto su impotencia, y provocaría grandes decepciones.

El derecho penal tiene un fin relativo: hacer reinar en las relaciones entre los hombres un orden relativo; garantizar, en la medida de lo posible, la persona, la vida, el patrimonio, el honor de los ciudadanos.

Es más difícil conseguir semejante resultado, proporcionando la tasa de la pena al grado de responsabilidad del culpable, que adoptando las medidas pertinentes á la naturaleza del peligro que representa el autor del atentado al orden público.

Este autor, pues, debe ser considerado á la vez por lo que ha hecho individualmente y por lo que es socialmente.

Es preciso combatir todas las manifestaciones de la criminalidad con medidas de defensa jurídica ó social; y la alta misión del Estado en este respecto es conciliar el máximum posible de seguridad social, con el mínimum posible de vejación individual.

Este sistema se presta á tres categorías de objeciones.

La primera objeción consiste en pretender que haciendo desaparecer del horizonte de las audiencias judiciales las discusiones sobre los grados de responsabilidad, hacemos desaparecer del horizonte del mundo la concepción de la libertad moral.

La segunda consiste en afirmar que la práctica judicial es imposible sin el *criterium* de la responsabilidad.

La tercera consiste en sostener que nuestro sistema no tiene en cuenta la individualidad del culpable.

Nosotros debemos contestar á estas objeciones.

2) *La defensa social y la libertad.*

Indiscutiblemente la libertad moral es indispensable para el desenvolvimiento moral de la humanidad. Pero la cuestión consiste en saber si la suerte de la libertad moral está ligada á la esencia del juicio represivo, que condena ó absuelve al autor de un hecho ilegal.

Evidentemente, existen allí dos órdenes de ideas diferentes. La idea de la libertad moral no depende de la manera como el Estado ejerce su alta misión de policía y seguridad; depende del sentido que se da al conjunto del mundo; varía según se

considere el cosmos como la expresión de un mecanismo falto de sentido, ó de un finalismo inteligente, y está en relación con la teoría de la evolución.

La doctrina de la evolución ha adquirido, para el problema de la libertad moral, un valor decisivo desde que no se limita al estudio de nuestro origen y del desarrollo morfológico de las especies, y desde que se nos aparece, según palabras de Bergson, como una evolución creadora (1), que prueba el desarrollo progresivo del universo.

Desde este momento no vemos en el universo una realidad total y acabada, sino la revelación de un plan, y de una intención en cuya virtud ese plan está orientado (2).

La evolución nos lleva también á elegir entre la fuerza ciega del azar y una actividad libre é inteligente que tiende á un fin; y á decidirnos por la libertad moral contra el mecanismo universal.

¿De qué modo el juez, asumiendo el deber de la defensa social y cumpliendo la labor enteramente relativa que la sociedad le ha confiado, puede comprometer en cualquier manera la libertad?

Se admitirá, por el contrario, que el principio

(1) Bergson: *L'Evolution creatrice.* París, Alcan, 1907.

(2) Ver mi artículo *L'Evolution et la conception materialiste de l'Univers.* (*Revue de l'Université libre de Bruxelles,* Octubre, 1907.)

de la defensa social, llamando la atención del magistrado sobre el fin social á alcanzar, hace participar á la justicia del finalismo universal y está más conforme con la esencia del derecho.

Ihering ha dicho, en efecto, que el fin es por excelencia el creador del derecho (1). El legislador sólo dicta leyes para enmendar abusos y desafueros, mejorar lo que existe, elevarnos por encima de lo que somos. El juez no las aplica más que para procurar que haya más justicia y reine una mayor armonía entre los hombres.

Si la idea de fin es la única que da un sentido al universo y á la vida como á toda empresa humana, es ciertamente la única que da un sentido al derecho. Sin la esperanza y posibilidad de lo mejor, el derecho no tiene razón de ser; la fuerza basta.

Especialmente en derecho penal suponed un instante en que tengamos la certidumbre de que todo debe concluir, que el futuro no existe, que la totalidad de las cosas conocidas y desconocidas debe desvanecerse definitivamente en la nada! ¿Qué

(1) Von Ihering: *Der Zweck im Recht*, vol. I. Leipzig, 1884, páginas 3 y siguientes. Stammler: *Wirtschaft und Recht*, Leipzig. 1906. páginas 215 y siguientes), y Mauricio Vauthier (*Bulletin de l'Académie Royale de Belgique*, 1900, núm. 11) también ponen de manifiesto el carácter teleológico del derecho.

valor práctico tendrían entonces (á pesar del imperativo categórico de Kant) las leyes promulgadas, los juicios pronunciados ó por pronunciar, las penas sufridas ó por sufrir?

La justicia penal no es eficaz sino cuando tenemos un futuro y un fin. Ahora bien, la doctrina de la defensa social, lejos de ser contraria á la idea de fin, y de sumirnos en la estéril contemplación del hecho realizado, ofrece á nuestras actividades un fin digno de ser perseguido, y que consiste en salvaguardar, con medidas apropiadas, el patrimonio de seguridad y de moralidad social cuya custodia nos está confiada. Este papel, al que no falta grandeza, está por completo dentro de los límites de la competencia del juez, y éste, para llenarlo cumplidamente, se encuentra provisto de cuanto necesita.

3) *La defensa social y las tendencias generales del derecho.*

En segundo lugar, ¿es exacto afirmar que aun suponiendo que sea difícil para los magistrados pesar siempre la dosis de voluntad libre que entra en la realización de los actos delictivos, es imposible administrar la justicia represiva empleando otro procedimiento?

La objeción no tiene alcance, pues los tribuna-

les civiles han sabido y saben dictar sus decisiones no adoptando como única medida la responsabilidad.

No se contestará que no se pueden comparar entre sí la justicia civil y la penal, porque es indiscutible que ambas tienen el mismo origen, la misma esencia é idéntica misión; la que Ulpiano ha definido en estos términos: *Juris praecepta sunt haec: Honeste vivere, alterum non laedere. Suum cuique tribuere.*

Es indudable que en el antiguo derecho, romano ó germánico, no existía separación entre el derecho civil y el penal. La buena fe de las relaciones contractuales formaba parte del orden público, con el mismo título que el respeto de la propiedad y de la vida. Los daños y perjuicios tenían el carácter de una penalidad, como la penalidad tenía el carácter de una reparación. Y en ambos casos se trataba de garantir el interés público y el interés privado (1).

La historia de la multa es un argumento en apoyo de la unidad primitiva de los dos derechos.

Y en las ciudades industriosas de la Edad Media, cuando de una parte aun era muy imperfecta la formación jurídica de las masas y de otra el

---

(1) Ver también von Bar: *Gesetz und Schuld im Strafrecht.* Berlín, 1907, I, II, páginas 436 y siguientes.

interés unido al respeto de las obligaciones era ya considerable, se protegía su cumplimiento hiriendo con un castigo la ruptura del contrato (1).

Poco á poco se han producido dos movimientos paralelos: al principio, el progreso de las costumbres jurídicas ha reducido el papel de la pena y ha permitido contentarse frecuentemente con una sanción civil. Después, la acentuación de la desigualdad de las condiciones y el aumento del número de insolventes ha obligado, en muchos casos, á sustituir una condena civil inejecutable por una sanción penal única aplicable. Y se puede, en suma, atribuir á la transformación de las condiciones sociales, la causa de la diferenciación de las dos sanciones.

A esta causa de diferenciación podemos añadir, en los tiempos modernos, una circunstancia especial: la introducción del régimen penitenciario con sus esfuerzos moralizadores y con los millones gastados en este objeto, que ha debilitado en una pena, educadora desde este momento, la idea de la reparación y ha atenuado la analogía entre los yerros civiles y los yerros criminales.

Pero, á pesar de todo, la oposición entre el derecho civil y el derecho penal, entre el respeto de

(1) Sickel: *Die Bestrafung des Vertragsbruches und andere Rechtsverletzungen*. Halle, 1876 *(passim.)*

las convenciones y el respeto de las propiedades y de las personas, está lejos de ser, actualmente, tan marcada como podría creerse.

Incuestionablemente atribuímos mayor precio á los valores sociales protegidos por penas que á los valores sociales protegidos por indemnizaciones, y ante todo creemos que, en el estado actual de la civilización, la sanción civil basta para proteger la ejecución de las obligaciones.

Pero si por acaso la desaprensión progresase, si los deudores adquiriesen el hábito de no pagar sus débitos, se vería, como dice Ihering, reclamar al legislador una sanción más severa y no contentarse con las simples consecuencias civiles del no pago de lo que es debido al acreedor.

Por lo demás, multitud de hechos flotan en una región indecisa entre el derecho penal y el derecho civil.

Una ruptura de promesa de matrimonio, una seducción sin violencia, son hechos civiles, y no tienen menos gravedad que el delito de adulterio.

Adivinar sueños, usar un nombre supuesto, cometer estafas leves, ejercer de curandero ilegalmente, son infracciones menos graves seguramente que la violación dolosa de un contrato con consecuencias desastrosas.

La injuria y el parricidio, que figuran juntos en

el código penal, están más separados entre sí que un dolo civil de un dolo penal.

Estas afinidades han sido puestas de relieve por ilustres juristas.

Savigny escribe: «La obligación de reparar el perjuicio causado por un delito es de la misma naturaleza que la obligación resultante de un contrato» (1).

Ihering estima que «la justicia civil no debe ser una balanza solamente, sino también una espada. porque no debe únicamente pesar, sino también herir» (2).

Y Tarde ha dicho: «La audiencia civil es frecuentemente más nauseante que la audiencia penal. Hay mayor inmoralidad en juego en ciertos procesos en que se manifiesta la cínica mala fe de un demandante en plena posesión de sus facultades. que en la mayoría de los pequeños latrocinios ó de insignificantes asuntos de pendencias y heridas en que se ve el efecto de un extravío pasajero. Lo que los juristas llaman *dolo civil* es una especie de criminalidad civil» (3).

Desde el deudor que no paga á su acreedor por insolvencia, por olvido, por negligencia, por vejación ó por mala fe, hasta el que guarda la cosa

(1) Savigny: *Traité de Droit romain*, V, páginas 49 y 50.

(2) Von Ihering: *Kampf ums Recht*, pág. 6.

(3) Tarde: *Philosophie pénale*, pág. 92.

ajena sin título ni derecho ó se la hace remitir por fraude ó por astucia, ó se apodera de ella porque está á su alcance ó la sustrae con violencia ó mata á alguien para apropiársela, hay una gradación de yerro ó de inmoralidad, pero la esencia de los entuertos civiles ó criminales está en enriquecerse su autor, lesionar el derecho ajeno y turbar el orden público establecido.

Ahora bien, á pesar de la semejanza de los yerros, ¿qué sucede en el campo civil? Dejo, naturalmente, á un lado el caso de locura, y considero los casos ordinarios.

¿Se reduce la indemnización como se reduce la pena, es decir, en proporción de la dosis de voluntad normal que intervino en el acto?

En materia de contratos, ¿se declara que siendo un deudor defectuoso ó inferior mentalmente, no pagará más que una parte de su alquiler, de su préstamo, de su compromiso?

En materia de cuasidelito, ¿se sostiene que la víctima de una lesión civil percibirá una indemnización incompleta, cuando el autor de esta lesión sea un insuficiente?

Se dan en la vida civil millares de lesiones debidas á la culpa y al dolo, cuyas modalidades son infinitas; una lesión culposa puede ocasionar un perjuicio más considerable que una lesión dolosa, y entonces la reparación del agravio causado

será mayor en el primer caso que en el segundo.

Estas diversas lesiones son producidas ó por excéntricos aficionados á la originalidad ó por indisciplinados que no se resignan á estar conformes, ó por negligentes, aturdidos, insaciables, imprudentes, impulsivos, apasionados, biliosos, vengativos, malvados, ó por alcohólicos, insuficientes, degenerados, etc. Y todas estas variedades que llegan hasta la enajenación mental, que implica la interdicción y la reclusión en un manicomio, son del mismo modo innumerables.

Si en cada una de las hipótesis enumeradas el juez civil tuviese que analizar uno por uno los estados de espíritu de los autores del daño, desde el punto de vista de la cantidad de voluntad que el acto contiene, se llegaría siempre á la prueba de su responsabilidad atenuada y los juicios, señalados por una indulgencia excesiva, comprometerían las relaciones civiles de los ciudadanos. Pero el juez no estudia los grados de responsabilidad; aprecia la conducta del individuo y las consecuencias perjudiciales de esta conducta, protege la víctima y reconoce el derecho social del lesionado á obtener una reparación.

El código napoleónico adopta de un modo marcadísimo el punto de vista de la defensa social en la hipótesis de los artículos 1.384, 1.385 y 1.386, en virtud de los cuales se queda obligado

por el daño que hayan producido las personas que se tienen empleadas ó las cosas que se guardan ó los animales ó las construcciones de que se es propietario, sin que la víctima tenga que probar la culpa del demandado. Es decir, que el código civil protege aquí ante todo los intereses lesionados y desatiende las dificultades relativas á la prueba de la responsabilidad personal.

Aun hay más. En derecho penal, la misma escuela clásica castiga á veces preocupándose ante todo del mantenimiento del orden público, y sin preguntarse demasiado si el hecho que se imputa está ligado directamente á la voluntad inteligente y libre del agente.

Así son dignos de notarse los delitos que nuestros códigos llaman «involuntarios», por ejemplo, el homicidio resultante de golpes y heridas que hayan causado la muerte, *sin que el autor haya tenido intención de matar* (código penal, art. 401) ó el homicidio ó las lesiones resultantes de un defecto de previsión y de precaución sin que el autor haya tenido voluntad de producir la muerte ó las heridas (código penal, art. 418).

En estos casos, como en todos los que se castiga la negligencia, la ley, protegiendo la sociedad, no contra un mal voluntariamente causado, sino contra movimientos irreflexivos, enseña á los ciudadanos que la prudencia es un deber de todos y la

exige en nombre de la utilidad social. Así sucede cuando el código (art. 561) castiga aquellas personas que, sin intención fraudulenta, han vendido ó expuesto artículos alimenticios adulterados.

Por último, cuando se trata de delitos de omisión ó aun de simples violaciones materiales del texto del código, los tribunales represivos no tendrían ocasión ó posibilidad de analizar los grados de la responsabilidad penal ó la cantidad de voluntad empleada en obrar. Un juez municipal que condena en virtud del art. 551 del código penal á un ama de casa que ha infringido las prescripciones sobre la conservación de la vía pública, asegura sencillamente la limpieza y la libre circulación de las calles, sin investigar si esa mujer es excéntrica, negligente ó indisciplinada y rebelde, y si obra intencionalmente ó no.

Además, sabemos que hay actos voluntarios cometidos con la más completa responsabilidad, que el legislador no castiga. Citaré el homicidio perpetrado por un individuo en estado de legítima defensa ó el hurto entre parientes. Y aquí la razón de la abstención de la justicia penal ¿cual es si no la de que hay utilidad social en no perseguir ó en que no hay utilidad social en aplicar una pena?

De manera que bajo la legislación positiva civil y penal del siglo XIX, vemos aparecer tendencias que están en desacuerdo con sus principios

directores, y que, provocadas por las realidades de la vida, trastornan la lógica pura de la idea de imputabilidad de la escuela clásica, y hacen surgir la idea de la defensa social.

En resumen, el principio de la defensa social significa una cosa muy sencilla. Comprendemos perfectamente que así como la vida física de los hombres es imposible sin la estabilidad de las leyes de la naturaleza, su vida social es imposible sin la estabilidad de las leyes sociales. Para asegurar semejante estabilidad se hace preciso el poder del Estado, con su maquinaria perfeccionada, sus ruedas y sus órganos múltiples y su procedimiento regular.

El Estado moderno tiene por misión protegernos, en primer lugar, contra los agravios, sean civiles ó criminales, provengan del dolo civil ó criminal, de la culpa civil ó criminal ó hasta de fuerzas naturales, independientes del hecho del hombre; nos protege contra los que causan agravios, sean agentes que no tengan nada que reprocharse (como el poseedor de buena fe de mis bienes), ó sean individuos para quien, estando el fin de la vida en la vida misma, no saben disciplinarse y dejan la pasión ó el interés prevalecer sobre el deber. Nos protege considerando sobre todo las condiciones concretas de la vida real y las circunstancias objetivas de la perturbación causada; em-

pleando, según la naturaleza de esas circunstancias, sanciones más ó menos rigurosas, medios más ó menos eficaces; y delegando en autoridades que serán ó administrativas ó judiciales, ó civiles ó penales.

Es cierto que las medidas que se deban tomar en todos los casos, no son únicamente penas; son ya educadoras, caritativas, protectoras, reparadoras, ya represivas; comprenden ora la ejecución de un compromiso violado, la condena de indemnizar daños y perjuicios; ora el ingreso en un refugio, la inscripción para la entrada en un manicomio ó la detención en una prisión. Pero siempre, y á través de la diversidad de formas jurídicas, el fin único está en la conservación del orden. Desde este punto de vista, somos testigos de una orientación nueva del derecho.

El funcionamiento de la inmensa máquina social en plena actividad, acarrea innumerables rozamientos, innumerables lesiones de todas clases; y en una civilización tan complicada como la nuestra se hace cada vez más difícil el saber ó probar con precisión, cuando se trata del autor de un perjuicio, dónde está la culpa, quién ha incurrido en culpa y cuáles son los grados de la misma.

Y como es igualmente indispensable para la cohesión y la estabilidad de la sociedad que la perturbación jurídica sea reparada, se llega á esta

conclusión atrevida, contraria á las tradiciones del derecho romano y del código napoleónico: *No hacer depender el restablecimiento del derecho de la prueba de la culpa.*

De este modo ha nacido en el derecho industrial, en materia de accidentes del trabajo, bajo la influencia de la legislación de Bismarck, la noción del *riesgo profesional*. No se trata de establecer la culpa del patrón ó del obrero; se trata de comprobar el accidente, y la ley regula la indemnización á precio alzado.

Así ha nacido también en el nuevo derecho civil alemán la teoría de la *Causahaftung*, opuesta á la de la *Culpahaftung:* el art. 829 del código civil alemán sustituye la responsabilidad basada sobre la causa á la responsabilidad basada sobre la culpa. Basta que el hecho personal del deudor sea causa del perjuicio, para que su responsabilidad quede manifiesta, aun cuando el hecho no le sea imputable moralmente. De aquí en adelante el perjuicio causado por un loco deberá ser reparado (1).

De la misma manera aparece en Francia, entre

---

(1) Ver Enrique Rolin: *La Responsabilité sans faute (Revue du Droit international)*, 1906, I, VIII, pág. 28.

Ver la Relación de M. Braun sobre el proyecto de ley relativo á la responsabilidad civil de los accidentes automovilistas (*Documents parlementaires*, Senado, 1909, núm. 87, pág. 63.)

civilistas reputados, como Saleilles y Josserand, la doctrina de la responsabilidad objetiva é independiente de la culpa (1).

E igualmente se forma la noción del *riesgo jurídico* (2) consistente en proclamar, como hace E. Picard (3), que, si en caso de un siniestro que cause perjuicios, es imposible descubrir quien fué culpable del mismo, es injusto no reparar el perjuicio causado, so pretexto de la existencia de dudas en la prueba.

En las mismas condiciones es como surge, en derecho penal, la teoría de la defensa social, que por su parte responde á las transformaciones de la conciencia jurídica contemporánea, y concibe en casos determinados un derecho del Estado, independiente de las ideas de culpa y responsabilidad.

4) *La defensa social y las disposiciones individuales del delincuente.*

¿Nos lleva esta concepción á olvidar el aspecto subjetivo de la criminalidad y á ejercer el derecho

(1) Enrique Rolin: Artículo citado.

(2) Ver la exposición del riesgo jurídico en la Relación de M. Braun, citada más arriba.

(3) Edmundo Picard: *Le Droit nouveau*. Larcier, 1907, pág. 30.

En sentido contrario: M. Vauthier: *De la responsabilité dans le Droit pénal et dans le Droit civil* (*Revue de l'Université libre de Bruxelles*, Enero, 1908).

de castigar, sin tener para nada en cuenta las justas ideas relativas á la individualización de la pena?

No hay tal cosa. La diferencia entre el derecho clásico y el derecho nuevo no está en que el primero afirma la individualidad moral del culpable y el segundo la niega; está en que el ángulo desde el cual se la considera no es el mismo y, á partir de este momento, surgen nuevos puntos de vista.

Repasando las teorías sobre el derecho de castigar, formuladas desde el siglo XVIII, en puridad se pueden reducir á dos grandes grupos:

1.° Las que estiman que el culpable debe experimentar un sufrimiento, porque ha ejecutado el mal y ha violado su deber. *Poena est malum passionis propter malum actionis* (1). Y en el fondo de estas teorías, si nos remontamos á su origen, encontramos la idea de expiación.

2.° Las que estiman que el papel social de la pena es impedir la repetición del mal en lo futuro, sea estorbando al culpable comenzar de nuevo, sea poniendo obstáculos á los demás para imitarlo. Y en el fondo de estas teorías, si se persiguen en sus resultados, se encuentra la idea de la defensa social.

Ahora bien; las primeras teorías no tienen razón

(1) Haus: *Droit pénal belge*. Gante, I, 1, pág. 17.

de ser si la pena no es un llamamiento al remordimiento, y la pena no es un llamamiento al remordimiento y no tiene virtud expiatoria más que si el culpable experimenta el justo sentimiento de su culpa. De manera que la utilidad de la pena depende por completo de las disposiciones del delincuente, de sus sentimientos íntimos después del delito.

Pero entonces, la confianza que podemos tener en la eficacia de las penas, es mínima. Porque las disposiciones favorables, aun sin la pena, existen en el hombre moral que ha errado; mientras que en el hombre perverso, malvado, inmoral, corrompido, las disposiciones desfavorables subsisten á pesar de la pena. Para comprobarlo, está la existencia de una clase criminal en que se reclutan los reincidentes.

Además, si no se puede imponer el sufrimiento de la pena más que en proporción á la responsabilidad del condenado ¿cómo justificar el sufrimiento impuesto al alienado? Porque es indudable que para el alienado recluído es tan cruel su reclusión como para el culpable su encarcelamiento. Ambos reclaman su libertad y sostienen que están aprisionados por error, el uno diciéndose cuerdo, el otro protestando su inocencia.

¿En virtud de qué derecho es lícito suponer que el uno acepta su prisión como una pena y el otro

como un medio de protección contra sí mismo y de proteger á los demás?

Para convencerse del carácter ficticio de la teoría clásica, basta ponerla en relación con la naturaleza de ciertos delincuentes que sin ser particularmente temibles, no son susceptibles de ser influenciados por la pena, porque semejan al jugador presa de la pasión del juego que dilapida millones, á pesar de los esfuerzos hechos para detenerlo, á pesar del dolor y la ruina de los suyos, á pesar de la desmembración de su familia. ¿Qué relación habrá entre la idea de la prisión y la idea de expiación, de remordimientos, de regeneración, para el que los golpes más terribles del destino, las pérdidas más graves, las advertencias más amenazadoras, no han podido detener en la pendiente de la catástrofe final?

Los ingleses nos hablan (1) de individuos que, sin encontrarse en la miseria, son condenados constantemente por haberse hecho expedir fraudulentamente mercancías, cuyo precio no pueden solventar, que no les son de ninguna utilidad, y de las que no pueden deshacerse sin correr el riesgo de ser arrestados. ¡Saben que son conocidos y están vigilados, y siempre, del mismo modo ilícito, cometen en la misma localidad la misma esta-

(1) Ver estos ejemplos en un artículo del *Times* del 21 de Mayo de 1909.

fa y sufren la misma pena, cuyo efecto moralizador está en verdad sujeto á caución!

Nos hablan también de monederos falsos que fabrican numerario de modo tan grosero, que su detención es segura en la primera tentativa de expendición. Para acabar en la cárcel se dan más trabajo del que emplearían en ganar su vida honestamente, y para ello, á cada momento, continuan un oficio tan azaroso (1).

Puedo añadir á estos casos el de un tipo de delincuente menos inofensivo, el tipo modernizado de los antiguos aventureros, convertido por nuestra civilización en el criminal internacional.

Se trata de los ladrones de trenes de lujo y de grandes hoteles, de grandes bancos y de almacenes de joyas. Obran aisladamente ó en banda, introduciéndose en la sociedad de perezosos y en la juventud dorada: los novelistas modernos vulgarizan sus invenciones. Para triunfar, deben encubrirse con títulos y nombres pomposos, poseer hábitos de mundo, elegancia de modales, cierto don de lenguas. Viajan á veces con gran equipaje y hasta con criados (2), y podrían, haciendo menos

(1) Ver estos ejemplos en el artículo del *Times* citado.

(2) Ver sobre estos *especialistas* dos interesantes relaciones, del Dr. Lindenau y del Dr. Hopff (*Bulletin de l'Union international de Droit pénal*, vol. XIII, entrega II, pág. 281 y siguientes; páginas 295 y siguientes.

sacrificios, ocupar tranquilamente empleos modestos; prefieren á esto el riesgo de la condena. Les impulsa una vanidad cuyas inmoderadas exigencias nunca logran satisfacer por la vías regulares, un deseo irresistible de obtener resultados inmediatos y romper el cuadro demasiado estrecho de una vida mediocre. La pena *los pone á la sombra*, pero no calma su impaciencia ni les enseña la virtud de los sacrificios lentos y regulares.

Por otra parte, señalamos la mentalidad particular de gran parte de especialistas de la inmoralidad (exhibicionistas, violadores, autores de atentados y ultrajes á las costumbres y de actos lujuriosos) que parecen presas de desviaciones é inclinaciones irresistibles.

Señalamos también la mentalidad de mendigos y vagabundos, que sin tener energía para llegar á la criminalidad, nunca tienen energía para trabajar cuando están en libertad, y no abandonan el refugio de mendicidad sino para volver á él cuando han gastado el pequeño peculio amasado durante la reclusión.

Y si examinamos el estado psíquico de los criminales más peligrosos, se reconocerá en ellos la persistencia de instintos perversos ó brutales que únicamente la vejez consigue enervar. Las condiciones teóricas justificadoras de la pena tropiezan, en estos casos, con las predisposiciones psíquicas rea-

les de los individuos que sufren aquélla; y de todas esas condiciones yo no veo más que una que subsiste independientemente de las disposiciones morales del culpable, precisamente porque no las tiene en cuenta, y es la ejemplaridad, es decir, el efecto del castigo no sobre el culpable, sino sobre las masas.

Se comprende, pues, el que la escuela penitenciaria con su sueño de enmienda y enderezamiento de la voluntad, de moralización y de arreglo final de la mayoría de los detenidos, no haya podido realizar sus esperanzas, y este es el principal motivo que ha hecho inclinarse la ciencia penal hacia el lado de la defensa social más que hacia el de la expiación.

Añado ahora que la doctrina de la defensa social, lejos de comprometer el principio fundamental de la individualización de la penalidad, lo realiza quizá de una manera más viviente y metódica que antes.

Se ha reprochado á la escuela clásica el descuidar la individualización, el distribuir el rigor y la indulgencia, las circunstancias agravantes y las atenuantes, según reglas demasiado superficiales; lo mismo que se ha reprochado á las instituciones penitenciarias una uniformidad que, enfrente de la variedad de tipos del hombre criminal, es ya dureza ya sensiblería inocente, y á veces da por re-

sultado presentar como ilusorio el aparato de la justicia penal.

El modo de diferenciación de la escuela moderna es distinto: como se ocupa más de la naturaleza del agente que de la dosis pasajera de voluntad que interviene en el acto, del mismo modo atiende más á la naturaleza que á la cuantía de la pena; y hace corresponder la severidad y la benevolencia á la medida concreta de la necesidad social, y esta medida concreta está en relación á su vez con el estado psíquico permanente del delincuente.

La diferenciación es más precisa desde dos puntos de vista:

En primer término, la sociedad debe temer más al delincuente profesional que al delincuente primario, á los delincuentes asociados que al delincuente aislado, á la astucia tenaz ó á la maldad refinada ó á la brutalidad, que al arrebato instantáneo, la ligereza ó la pasión. La justicia para fijar la pena, encuentra una primera y sólida base de apreciación en la naturaleza del peligro que la individualidad permanente del culpable hace correr á la sociedad.

En segundo lugar, la sociedad tiene cosas diferentes que temer y debe tomar diversas medidas de defensa y preservación según que se trate de criminales pasionales ó desgraciados cuya libertad deba suprimirse sobre todo para el ejemplo, ó de

antisociales refractarios al ambiente y que es preciso colocar en la imposibilidad de dañar, ó de criminales defectuosos ó degenerados, que es preciso someter á un régimen apropiado de custodia y de preservación.

Aquí es donde los cuadros de la penología clásica son demasiado estrechos, y donde nuestro sistema penal uniforme no responde á las necesidades modernas.

No tenemos que diversificar únicamente las cuantías de una pena única; tenemos que diversificar los mismos regímenes y crear instituciones y establecimientos nuevos; citaré especialmente cuatro grupos: los insuficientes por degeneración; los epilépticos; los alcohólicos; los inmorales sexuales, para los que criminalistas y penólogos deben desde ahora organizar regímenes diferentes y especializados según la naturaleza de los delincuentes que se deben recluir.

Se ve, y no es inútil notarlo, que ocuparse menos del grado de la responsabilidad penal del culpable, no implica atender menos á la psicología de los delincuentes.

Queda por señalar un último punto: el principio de la defensa social sobrepasa el horizonte del derecho penal y de la penalidad.

En general, el peligro social resulta de la criminalidad. No obstante, se le puede concebir

antes del crimen é independientemente del crimen.

Degenerados, insuficientes, incompletos, anormales profundos, patentizan que son peligrosos cuando se han convertido en criminales. Pero, aun quedando fuera de la criminalidad, constituyen una amenaza para ellos mismos y para los demás, porque, entregados á sus solas fuerzas, son incapaces de seguir una vida regular y se hacen tanto más inquietantes cuanto más jóvenes son y más abandonados están.

El Estado no puede pasar indiferente junto á ellos y dejar obrar la iniciativa privada. Aun en esta esfera está obligado á garantir el orden social. Entonces la defensa social se manifiesta en su forma más alta y más fecunda: ya no es la represión, es la protección y la asistencia. De ello hablaré más adelante.

IV

La noción del estado peligroso del delincuente.

1) *Del estado peligroso del delincuente en general.*

La escuela clásica ha pasado por alto estas consideraciones; los códigos clásicos se han encerrado en un campo muy estrecho, dirigiendo su atención, cuando se trata de la aplicación de medidas represivas, á la gravedad del acto cometido y á la voluntad inteligente del agente, pero no al peligro que este agente presenta en sí mismo de una manera continua.

Ahora bien; si hoy existe malestar en la justicia represiva, si ésta abusa de las penas cortas y obra con indulgencia aun hacia culpables empedernidos, si los jueces tienden á aproximarse al mínimum, hasta tratándose de reincidentes (1), es

(1) *Entwurf eines allgemeinen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen, Motive.* Berlín, 1907, páginas 190 y siguientes.

que se hallan hipnotizados por la idea de la responsabilidad penal, tocan sus defectos y lagunas y descubren, entre los profesionales sobre todo, vicios hereditarios destructores de la libertad moral. De modo que siendo los más defectuosos los menos culpables en sentido clásico, la defensa social está tanto más descuidada cuanto más respetados son los principios clásicos.

La causa, pues, del malestar es la siguiente: la responsabilidad es el eje de la penalidad; la idea de pena está indisolublemente ligada á la de responsabilidad; la responsabilidad atenuada entraña la atenuación de la pena; la irresponsabilidad completa implica la supresión de la pena. Si leéis los autores clásicos, podrá pareceros que todo lo que está fuera de los límites de la responsabilidad puede ser ignorado por los magistrados represivos y está también fuera de la defensa jurídica. Pues bien, ¡estas máximas son falsas!

El tratamiento á que es preciso someter el espíritu enfermo ó desequilibrado, interesa al médico. La defensa jurídica que es preciso otorgar á la comunidad, interesa á la autoridad judicial.

Pero ambas cosas son distintas é independientes. No basta que la autoridad del médico afirme la perturbación de las facultades mentales, para que la autoridad judicial decline su competencia y se abstenga.

El criminal loco é irresponsable es tan temible como el criminal responsable y sano de espíritu. La sociedad tiene derecho de defensa contra ambos, y la defensa no puede estimarse asegurada porque la justicia penal castigue solamente á los delincuentes normales mientras que la autoridad administrativa recluya á los enfermos.

Porque á partir del momento en que el delincuente perturbado en sus facultades mentales es recluído en un manicomio, compete no á los juristas, sino á los alienistas, determinar, no el momento en que su pensionista cesa de ser peligroso, sino el momento en que cesa de ser alienado; estos momentos pueden no coincidir (1).

El profesor Ballet escribe: «La duración del secuestro, cuando ha lugar, está subordinada á la opinión del médico de cabecera que debe juzgar de la oportunidad de la salida, como lo hacía notar melancólicamente Ambrosio Tardieu. Por poco que se trate una de estas locuras atenuadas más ó menos completas, los alienados más peligrosos podrán ser puestos en libertad, y la sociedad no estará protegida contra la repetición de sus deplorables arrebatos (2).

---

(1) *Entwurf eines allgemeinen*, etc., pág. 112.

(2) *Bulletin de la Commission pénitentiare internationale*; entrega VI, año 1895.

La reclusión de un criminal loco no es, pues, en todos los casos y sin excepciones, defensa social, ya que la duración de aquélla depende de las apreciaciones variables de los médicos que tienen el derecho de colocarse únicamente desde el punto de vista del estado mental del individuo.

La pena clásica aplicada á un criminal normal no es, en todos los casos, defensa social, ya que su duración, frecuentemente demasiado limitada, depende de las impresiones mudables de los jueces, que, vacilantes sobre la esencia y objeto de la pena, se inclinan generalmente á atribuirle una influencia regeneradora y á considerar los culpables como susceptibles de semejante regeneración, cuando esto es una hipótesis excepcional.

Hay circunstancias en que no es posible, ya considerar la pena como únicamente destinada á castigar una culpa moral y á mejorar al culpable, ya considerar la reclusión como únicamente destinada á cuidar un enfermo; pero en las que es preciso tomar medidas de protección y seguridad social contra delincuentes cuyo estado es peligroso, importando poco por lo demás que estos delincuentes sean normales ó anormales. Y entonces, en el modo de aplicar las medidas quedarán por distinguir los individuos susceptibles de mejoramiento ó de curación de aquellos que se deben poner fuera del estado de dañar á la colectividad.

Desde ahora, debemos hacer figurar, en primer término, una noción que se había dejado en la sombra: la del estado peligroso del delincuente sustituída á la concepción demasiado exclusiva del acto perseguido (1). En otros términos, un hecho realizado, considerado aisladamente, puede ser menos amenazador que el agente que lo ha cometido. Y castigar á este agente por un hecho especial, descuidando la naturaleza permanente de su autor, es quizá un procedimiento completamente fantástico. Para elegir las medidas á tomar, es preciso considerar el estado permanente del individuo más que su acto pasajero. Se trata de reaccionar contra la rutina de los tribunales, que, debiendo juzgar á tal individuo por tal delito, se limitan á aplicar la fórmula jurídica que les ofrece el texto del código, sin preocuparse de los medios de existencia, del ambiente, de los instintos, de las predisposiciones, de la naturaleza psíquica del acusado.

Es preciso sustituir el punto de vista á la vez social y jurídico, al punto de vista puramente jurídico. En esta dirección nos arrastra la fuerza

---

(1) En la sesión de la Unión internacional de derecho penal, celebrada en Hamburgo el 12 de Septiembre de 1905, propuse adoptar esta fórmula aplicándola á ciertos reincidentes (*Bulletin de l'Union internationale de Droit pénal*, vol, XIII, páginas 426 y siguientes).

de las cosas poco á poco, y la legislación positiva comienza á orientarse en este sentido.

En Bélgica, el juez municipal que tiene ante sí un vagabundo ó un mendigo, puede, en virtud de la ley de 27 de noviembre de 1891, recluirlo por siete años.

Ahora bien, el hecho aislado de no trabajar ó el hecho aislado de pedir limosna no tiene nada de peligroso en sí mismo. Pero lo que es inquietante es la permanencia de la inclinación á la pereza y á la holgazanería, y la ley considera este estado permanente de no valor social.

El alcoholismo se presta á consideraciones análogas: ya no se encuentran juristas que sostengan, como lo hacía á veces la escuela clásica, que la embriaguez pueda constituir una circunstancia atenuante. La circunstancia pasajera de la embriaguez desaparece ante el estado permanente del alcoholismo: el acto realizado por el borracho puede no tener gravedad, pero lo que es grave, lo que amenaza á la sociedad, á la familia, al individuo, es el alcoholismo, destructor del organismo humano, y los legisladores tienen en cuenta, cada día más, el estado permanente del delincuente alcohólico é instituyen para éste asilos especiales.

La cuestión acusa más relieve aún en materia de reincidencia. No es posible seguir admitiendo que el reincidente es un delincuente ordinario que

añade un nuevo delito á otros delitos ya castigados, y que se le pena por su último delito.

El reincidente es un delincuente de una naturaleza especial, tiene un género singular de vida, pertenece á una categoría determinada; las recaídas sucesivas le hacen, en cierto momento, entrar en la clase social que se ha llamado siempre la clase criminal ó peligrosa. Esta tiene rasgos sociales é instintos sociales que le son propios y que reclaman disposiciones legislativas particulares.

Semejantes disposiciones legislativas van apareciendo en Europa.

El código noruego de 22 de mayo de 1902 establece en su art. 65, que, cuando un criminal es culpable de dos ó más delitos consumados ó frustrados, los jueces pueden preguntar al jurado si, en atención á la naturaleza de los delitos, los móviles que los han inspirado y las tendencias que revelan, el autor no debe ser considerado *como particularmente peligroso (besonders gefahrlich)* para la sociedad entera ó para la vida, la salud ó el bienestar de algunos.

Si la respuesta es afirmativa, el condenado puede ser retenido en prisión tanto tiempo como parezca necesario, pasado el término legal fijado, sin que, en ningún caso, la detención suplementaria pueda exceder de quince años (1).

(1) Traducción alemana de Heinrich, Rosenfeld y Urbye. Berlín, Guttentag, 1904.

Inglaterra acaba de adoptar una medida análoga. La *Prevention of crime act* de 21 de diciembre de 1908, contiene en su segunda sección, *Detention of habitual criminals*, un artículo 10 que prescribe que si la Corte (tribunal) es de opinión que, atendiendo á los hábitos y al género de vida criminal del culpable, es conveniente para la protección del público que el mismo sea recluído por un mayor período de años, puede ordenar que á la pena normal de la servidumbre penal se añada una retención de cinco años por lo menos y de diez años á lo sumo (1).

El pár. 38 del anteproyecto de código penal austriaco (de septiembre de 1909) dispone: «El que haya sufrido al menos dos penas criminales en los casos enumerados en el presente artículo, y cometa de nuevo uno de estos hechos dentro de los cinco años siguientes á la expiración de su pena última, podrá, después de su nueva condena, sufrir una detención suplementaria de tres años como mínimum y de diez años como máximum, si su delito le hace parecer *peligroso* y autoriza á creer que no se abstendrá de ejecutar acciones punibles».

En los tres casos citados (Noruega, Inglaterra y Austria), se ve que las medidas adicionales se fun-

---

(1) *Prevention of crime act.* S. Edw. 7, Ch. 59. Eyre and Spottiswood Ltd. Londres, 1908.

dan en el estado peligroso permanente del culpable.

2) En particular, del estado peligroso del reincidente.

Para convencerse de la oportunidad de semejantes medidas y de la extensión de los estragos causados por la concepción estrecha y convencional de la escuela clásica en materia de reincidencia, importa examinar de cerca y en conjunto la situación de Bélgica y las cifras que ofrece la estadística criminal.

El aspecto individual de la persecución de un reincidente, aun en el caso de que existiese un casillero judicial bien provisto, puede engendrar dudas sobre las causas de la caída de aquél é inspirar sentimientos de indulgencia.

Por el contrario, cuando se totalizan las decisiones pronunciadas en un país dado durante cierto tiempo, se comprueba la relación de aquéllas con el medio social en que surge la reincidencia y su repercusión en las condiciones de la vida popular y se encuentran cifras inesperadas, reveladoras de un mal profundo é indicadoras de la necesidad de remediarlo.

Para caracterizar las tendencias de la represión y las lagunas de la defensa social, tomaré el volu-

men de la estadística judicial belga, publicado en 1908, que ofrece el estado de la actividad de los delincuentes y de los tribunales en 1907.

Encontramos un primer hecho importante: durante el año 1907, los autores de 31.999 crímenes y delitos—de los que 6.000 son crímenes—no han sido descubiertos. Los medios de cometer los desafueros se han multiplicado y perfeccionado, mientras que la policía encargada de descubrir á los culpables no se ha desarrollado en la misma medida. Un ejército de delincuentes escapa por entero á la represión.

Entre los que no escapan á ésta, dejemos á un lado 170.673 inculpados adultos, juzgados por los tribunales de policía. Ocupémonos solamente de 45.457 procesados adultos condenados á prisión y á multa; y no considerando de entre ellos más que los condenados á prisión correccional, vemos que los tribunales correccionales han pronunciado en 1907 un total de 21.643 penas inferiores á un año; de éstas, 20.969 menores de seis meses y superiores á ocho días, y cerca de la mitad de estas 20.969 condenas no llegan á un mes de prisión; y sobre el conjunto de todas las penas correccionales impuestas, que se elevan á 22.730, no hay más que 1.761 cuya duración es mayor de seis meses. Estas constituyen, pues, la excepción.

Y todavía la duración de estas penas es aparente

porque se sufren en celda, que en virtud de la ley de 4 de marzo de 1870—destinada á desaparecer y unánimemente criticada, pero en vigor en este momento—, las penas superiores á un mes, sufridas en celda, son reducidas por ministerio de la ley, y una pena de seis meses no excede de ciento cuarenta y tres días de prisión.

De suerte que la medida media adoptada por los tribunales correcionales para la represión de los delitos, es una penalidad que no excede de seis meses ó ciento cuarenta y tres días y que frecuentemente queda por debajo de este límite.

Es preciso notar que para los delitos más graves, si los tribunales quisiesen ser severos (y no lo son) no podrían tampoco serlo, porque la mayor pena correccional autorizada por el código penal es la de cinco años de prisión que, en virtud de la ley de 1870, se reduce á tres años, cinco meses y diez días.

Ahora bien, ¿por qué se permite afirmar que semejante represión, sean los que fueren en cada caso particular los motivos de atenuación, no es en su conjunto más que protección social?

Porque esta represión atenuada alcanza lo mismo á los reincidentes que á los delincuentes primarios.

Entre los 45.457 delincuentes condenados en 1907, 22.544 no tienen antecedentes penales ó no

han sufrido penas más que de simple policía (leves); los otros 22.913 culpables han sufrido anteriormente condenas correccionales.

Y el estudio de los cuadros formados por la administración de justicia, nos enseña que de estos 22.913 reincidentes, al menos 21.552 han sufrido penas inferiores á seis meses ó de seis meses como mínimum. Esto quiere decir, que la detención más larga impuesta en 1907 á 21.552 delincuentes profesionales, no ha excedido nunca de ciento cuarenta y tres días de privación de libertad. Y con penas tan cortas no es asombroso que entre esos 21.552 reincidentes figuren 1.540 individuos que han sufrido condenas correccionales sucesivas en el transcurso de un solo año.

El carácter irrisorio de semejante modo de represión se deduce aún de otro fenómeno: la progresión continua y regular de la reincidencia legal, que, como es sabido, no es más que una parte de la reincidencia de hecho, ó del hábito de la criminalidad (1).

Sobre 100 infracciones individuales, la proporción de infracciones cometidas por reincidentes ha sido:

(1) La estadística de la reincidencia legal no comprende màs que los individuos reincidentes en virtud de los artículos 54 y siguientes del código penal, es decir, que ignora la reincidencia de la pequeña criminalidad.

En 1899.....	de	43,5	por 100
En 1900.....	de	45	—
En 1901.....	de	46,1	—
En 1902.....	de	46,5	—
En 1903.....	de	48,8	—
En 1904.....	de	49,6	—
En 1905.....	de	49,2	—
En 1906.....	de	49,2	—
En 1907.....	de	49,6	—

La estadística de la reincidencia penitenciaria, apesar de estar más cerca de la verdad que la estadística de la reincidencia legal, del mismo modo es incompleta; no comprende más que los detenidos condenados á más de tres meses de prisión (1) (y los condenados á tres meses ó menos de encarcelamiento son legión). Por tanto, tal como es, y aunque esté del mismo modo por debajo de la realidad, es tan poco tranquilizadora como la primera; da en 31 de diciembre de 1907 un total de 3.287 condenados, de los que el 62 por 100, ó sean 2.051 son reincidentes:

400 de ellos han sufrido anteriormente de 5 á 10 condenas.

---

(1) Esto son sólo los detenidos inscritos en lo que se llama registro de contabilidad moral, y cuyas condenas anteriores pudieron ser halladas.

204 de ellos han sufrido anteriormente de 10 á 15 condenas.

124 de ellos han sufrido anteriormente de 15 á 20 condenas.

¿Es paradójico afirmar que la reincidencia está alimentada sin interrupción por los mismos tribunales correccionales, y que debe su aspecto alarmante á la brevedad de las penas pronunciadas?

Sea de ello lo que quiera, las recaídas son numerosas; el delito es un oficio que el encarcelamiento tal como funciona no impide ejercer. He aquí el mal aparente y tangible. Y al lado de este mal, que los más optimistas pueden percibir, hay otro menos manifiesto y cuyas consecuencias son más temibles aún.

En el pensamiento de los promovedores del régimen celular, una de sus mayores ventajas era la supresión de las relaciones entre los criminales irremediablemente perdidos y los demás, ó sea la cesación de los abusos de la promiscuidad.

Ahora bien, ¿qué significación se puede atribuir á la costosa edificación de nuestros magníficos establecimientos penitenciarios, si los reincidentes imposibilitados para corromper á sus codetenidos en las prisiones, están en condiciones de corromper á sus camaradas en el exterior y si compensados todos los días de celda en la calle, aprovechan su libertad para contaminar los elementos menos re-

sistentes de la población proletaria? Las precauciones minuciosas tomadas contra el contacto en las prisiones, ¿no son inocentes cuando se provoca este contacto en la vía libre?

¿Se imagina acaso que los profesionales de la criminalidad van á buscar en el día de su liberación, la soledad y el recogimiento, y á vivir alejados de los cubiles malsanos de su ambiente social? De ningún modo. Todo el mundo sabe que se comunican entre sí, que se relacionan igualmente con los vacilantes y los indecisos, y que ejercen sobre las voluntades débiles y los jóvenes inexpertos abandonados á si mismos un ascendiente poderosísimo.

Devolver constantemente los reincidentes á la circulación, es viciar más y más el aire ya impuro que respiran los hijos del pueblo, y hacer más precarias todavía las condiciones de su vida moral; es multiplicar bajo sus pasos los riesgos de corrupción y caída.

Estos riesgos aparecen por todas partes.

Existen en el fondo de las minas en que los obreros, cuyas tareas son mucho más duras que los trabajos penitenciarios, sufren en estrechísima vecindad las influencias más heteróclitas.

Existen en los países que tienen marina militar, para los jóvenes marineros sumidos durante tres años en calas oscuras y en una promiscuidad mal-

sana, en el peligroso servicio de torpederos y submarinos.

Existen en la taberna, en el taller en que los malos acechan, codean, tratan y adiestran á los tímidos.

¡Aún más! En el seno de las grandes ciudades, estos riesgos existen hasta en el hogar doméstico.

La Asociación para la mejora de las habitaciones obreras nos dice que una capital como Bruselas, excluídos los arrabales, cuenta con:

6.978 familias que no ocupan más que una cámara.

2.186 familias que habitan en una sola guardilla.

200 familias que viven en un sótano.

1.511 familias de más de cinco personas que viven en una sola cámara de dos metros de lado; mientras que la celda del reincidente aislado mide 30 metros cúbicos (4 metros de largo por 2,50 de ancho y 3 de alto), y se vigila rigurosamente la renovación del aire.

La información del Comité de patronato de las habitaciones obreras señalaba, para una sección de Bruselas que cuenta 904 hogares, «que en 427 de ellos, hembras y varones, adolescentes y adultos, habitan forzosamente en la única cámara de que disponen, lo más frecuente en el mismo lecho ó en camastros yuxtapuestos. Esta promis-

cuidad provoca relaciones incestuosas y comercios infames entre hermano y hermana, padre é hija y hasta entre madre é hijo» (1).

He aquí la podredumbre que encuentra el liberado, el que añade fermentos de corrupción á las otras levaduras. Mientras que el aislamiento celular de algunas semanas ó de algunos meses nada ha podido para el bien, la vida común de todos los momentos adquiere de nuevo sus derechos, y se convierte en omnipotente para el mal. Y el crimen se prepara en estos bajos fondos, en estos estratos en que vegetan las voluntades sin estímulo, los caracteres sin resistencia, los seres deformes ó degenerados, siempre dispuestos á ceder al primer llamamiento de los instigadores.

El peligro es considerable en nuestras grandes aglomeraciones: los reincidentes se deslizan por ellas desapercibidos, se ocultan fácilmente entre las turbas, multitudes reunidas para el placer ó para la sublevación, y en el momento oportuno aparecen en la superficie como autores de perturbaciones, de desórdenes y de infracciones.

El peligro no es menor en las villas y en las regiones rurales en que las fuerzas defensivas unas veces están poco desarrolladas y otras son nulas;

---

(1) *Enquête sur les habitations ouvrières. Rapport* de M. Hellemans, pág. 19.

el malhechor de oficio se aprovecha entonces de la incuria de los poderes públicos respecto á los campos.

La sociedad, pues, no está suficientemente protegida contra los reincidentes, y si esta insuficiencia perturba la vida de todos, debo insistir aún sobre un hecho importante: el de que perturba singularmente la vida de los pobres y de los pequeños.

Cuando en Francia, en 1883 y 1884, M. Waldeck-Rousseau defendió ante las cámaras legislativas la ley sobre la relegación de los reincidentes, invocó, en primer lugar, para justificar sus proposiciones contra la criminalidad profesional, el interés de los humildes y de los pequeños. Dijo que era preciso enternecerse, no por la suerte de los delincuentes habituales, sino por la suerte de sus víctimas; y es digno de notarse que obtuvo, en la lucha que entabló, la adhesión de numerosos grupos socialistas: la Alianza socialista de Lyon, el Comité socialista de Saint Etienne, el Consejo municipal de Lyon; muchos Consejos generales avanzados pedían, en efecto, con M. Waldeck-Rousseau, y por las mismas razones que él, el alejamiento de los reincidentes.

No debo levantar bandera aquí pro ó contra la relegación, cuyos resultados son muy discutidos en Francia; creo solamente que se tenía razón en invocar para tomar medidas contra los reinciden-

tes, la seguridad de las clases populares; porque si la criminalidad nace frecuentemente de la miseria, se dirige casi siempre contra los míseros.

A veces un crimen horrible perpetrado contra los privilegiados, conmueve el espíritu público. Pero, en general, no son la vida ni el patrimonio de los privilegiados los más amenazados. Por otra parte, los ricos pueden asegurarse contra el robo. No son los barrios aristocráticos, bien alumbrados y bien vigilados, ni los hoteles suntuosos y los establecimientos financieros bien guardados y sólidamente construídos, los más expuestos.

Se golpea, se mata, se violenta, se maltrata en las callejas, los callejones sin salida y los chiribitiles.

Se roba con fractura ó sin ella en las habitaciones en que las puertas cierran mal, en que los muebles y las cerraduras ofrecen poca resistencia, en que las cámaras están por lo regular abandonadas durante parte del día.

Ese es el medio en que es preciso, sobre todo, asegurar la defensa de las personas y de los bienes.

La estadística criminal que he mencionado, prueba que esta defensa está mal asegurada contra los reincidentes.

Puede haber una minoría de reincidentes de los cuales hay medios de ocuparse con fruto y que no amenazan de una manera directa el orden social,

pero en general son peligrosos, y lo son, sobre todo, cuando, y el caso es frecuente, son al mismo tiempo defectuosos.

3) *Del estado peligroso de los delincuentes defectuosos.*

No es necesario insistir sobre el importante lugar ocupado en la criminalidad por los defectuosos.

Los tribunales de todos los países deben á cada momento elegir la pena aplicable á los defectuosos.

Para la escuela clásica esta cuestión se presenta á los jueces bajo la forma de la responsabilidad atenuada y de la pena atenuada.

Es decir, que para la escuela clásica como la responsabilidad no es completa, es preciso tratar de medir la pena por la responsabilidad.

Ahora bien, este cálculo es imposible.

Coloca al juez en la embarazosa situación en que Porcia coloca á Shylock cuando le mide exactamente el pedazo de carne que tiene derecho de quitar á Antonio. Además, es una contradicción manifiesta obligar á los magistrados, por una parte, á garantizar la seguridad pública, y por otra á fundar su juicio sobre la apreciación de la responsabilidad personal del defectuoso, porque estos dos principios están en pugna.

En efecto, como el defectuoso menos responsable puede ser al mismo tiempo el más peligroso, la imposición en este caso de una pena reducida comprometería el orden público.

Y siendo refractario el defectuoso á la acción de una pena reformadora, la pena más reducida puede ser una severidad inútil, y viola en este caso el sentimiento de humanidad.

La situación se considera, á mi juicio, de una manera errónea. El delincuente defectuoso no es un delincuente respecto del cual sea preciso tomar menos garantías que respecto del normal.

Los normales cometen en ciertos momentos actos amenazadores, pero vuelven después á las vías regulares; los defectuosos permanecen defectuosos; de una manera permanente se encuentran en un estado peligroso para ellos mismos, para su ambiente inmediato y para la sociedad.

Ballet, hablando de los defectuosos en el XVII Congreso de neurología celebrado en Ginebra en 1907, ha hecho notar «que existe, no espíritu de justicia ó medida de protección social, sino un verdadero peligro en buscar causas de atenuación en su inferioridad mental» (1).

Los especialistas han hecho de los defectuosos numerosas subdivisiones; oimos hablar de neuró-

(1) *Congrès de Neurologie*, vol. I, pág. 25. Ginebra, 1907.

sicos, neuropáticos, histéricos, epilépticos, desequilibrados, degenerados, alcohólicos, incompletos, imbéciles, idiotas, sin hacer relación de denominaciones más técnicas y más especiales todavía.

Nosotros podemos referir todas estas variedades al fenómeno general de la inferioridad mental y moral. Escrutando las leyes del desenvolvimiento del pensamiento y las condiciones de la formación psíquica del individuo, encontramos en muchos hombres no alienados un déficit mental y moral que nada puede llenar. Estos son enfermos de la inteligencia y de la voluntad. Los ingleses los llaman *feeble minded*, los alemanes *minderwertigen*, los flamencos *minderwaardigen*.

Y como se trata de una cuestión de derecho penal y no de medicina mental, los términos de defectuosos ó inferiores mentales y morales parecen responder suficientemente á las necesidades de la justicia, porque designan de un modo bastante completo los seres que no alcanzarán jamás el nivel medio de la comunidad y presentarán siempre un conjunto de defectos perturbadores de la actividad psíquica.

Los inferiores mentales ó morales se caracterizan desde el punto de vista fisiológico por trastornos sensoriales, por alteración de los centros nerviosos; desde el punto de vista moral por la impulsividad, por la ausencia de crítica sobre ellos

mismos. Su estado peligroso se debe á que no están influídos por los motivos de acción que tienen poder directivo sobre nosotros. Su facultad de raciocinar y de juzgar es tan reducida que las normas de la vida social no ejercen presión sobre ellos, y su facultad de querer es tan rudimentaria que, abandonados á sí mismos, son incapaces de observar una conducta regular.

Respecto á los adultos se produce aquí la transformación de ideas que se ha operado en lo que concierne á la infancia.

La escuela clásica considera á los menores delincuentes como dignos de castigo, pero como menos penables que los adultos porque son menos responsables; les aplica, pues, una pena, pero una pena reducida, y los devuelve á la sociedad menos aptos aún que lo eran antes de ser encarcelados, para crearse una posición.

Actualmente se les considera como sumidos en un estado prolongado de inferioridad ó de insuficiencia, peligroso para ellos mismos y para los demás; y se precave el peligro no por la imposición de una pena pequeña, sino por el ensayo de un régimen prolongado de guarda y de educación con el que todos se encuentran bien.

Los adultos delincuentes atacados de insuficiencia mental ó moral no han pasado de la infancia, y como niños, por tanto, es preciso tratarlos.

A veces son susceptibles de determinada adaptación inferior en un ambiente inferior, y es preciso tratar de procurársela como se intenta darla á los niños.

A veces la herencia que pesa sobre ellos, las uniones deletéreas y los hábitos malsanos en que han crecido, han marcado su carácter con un sello definitivo. También á veces la detención del desarrollo ha sido muy sensible para dejar demasiado lugar á la esperanza. La concepción del estado peligroso y de la defensa social surge entonces con gran evidencia, y se siente instintivamente que la necesidad de poner al delincuente en la imposibilidad de perjudicarse á sí mismo y de dañar á los demás, la eleva sobre cualquiera otra consideración.

Esta idea también ha encontrado su consagración en un texto de la legislación positiva. El código penal noruego, que en su art. 65 autoriza á considerar como peligrosos y someter á medidas especiales de seguridad á los malhechores culpables de dos ó más delitos, faculta también en su art. 39 para que los delincuentes defectuosos puedan ser declarados *peligrosos*. Y con el empleo de las palabras citadas para designar esta categoría de delincuentes, la ley noruega marca una época en la historia del derecho penal.

Según el art. 39, cuando el tribunal ó el jurado declare que el reo es *peligroso para la seguridad*

pública, en razón de su irresponsabilidad ó de su semirresponsabilidad, se puede ordenar la reclusión del acusado en un asilo ó en una casa especial de cura ó de preservación *(Irren Asyl. oder Heil oder Pflege Anstalt)* ó en una casa de trabajo mientras el Gobierno lo juzgue necesario (1).

El reciente anteproyecto de código penal austriaco obedece á las mismas inspiraciones; dispone que el autor de un crimen ó de un delito penable con más de seis meses de prisión, cuya facultad de comprender ó de querer su acción estaba en el momento de ejecutarla notoriamente disminuída por un estado enfermizo permanente, puede, una vez expirada su condena, ser custodiado de una manera indeterminada, si por razón de su edad, de su género de vida y de la naturaleza de su acción, es susceptible de ser considerado como *peligroso* (37 del anteproyecto) (2).

---

(1) Traducción alemana de Heinrich Rosenfeld y Urbye. Berlín. Guttentag, 1904.

(2) *Vorentwurf zu einem oesterreichischen Strafgesetzbuch*. Viena, Septiembre, 1909.

V

Respuesta á las objeciones.

A las acusaciones lanzadas contra el método actual y á la nueva fórmula del estado peligroso, se oponen consideraciones que conviene tener en cuenta.

Se dice que los magistrados conténtanse con imponer á ciertos reincidentes penas de corta duración, porque sus infracciones no ofrecen gravedad, y que consideran como indisciplinados más que como criminales á los autores de estas infracciones.

También se dice que, aun en los casos en que los hechos son graves, vacila la justicia en ser severa, porque precisamente adivina en el origen de los crímenes y delitos la miseria biológica, fisiológica, intelectual, moral y social de los anormales. En presencia de las causas confusas y emocionantes de criminalidad quiere conciliar la razón y

el corazón; comprende que no puede castigar con severidad; comprende que no puede absolver; entonces castiga á medias.

Por último, se objeta que al invitar á los jueces á tomar en consideración, en vez de la infracción imputada, el estado peligroso de su autor, se sacrifican las conquistas del derecho público moderno, porque el estado peligroso de un ciudadano no es una de esas nociones precisas, concretas, limitadas en el tiempo, que escapan á las divergencias de juicio. Depende de la apreciación subjetiva de cada uno de nosotros; conduce á las incertidumbres de la sentencia indeterminada; nos hace retroceder á lo arbitrario del régimen antiguo; compromete la libertad de los individuos.

Es preciso averiguar lo que valen estos diferentes puntos de vista.

1) *El estado peligroso y la pequeña criminalidad.*

Es cierto que una serie de condenas cortas responde con frecuencia á una serie de delitos pequeños en condiciones en que sería absurdo hablar de peligro social y, por consiguiente, inútil y excesivo imponer encarcelamientos prolongados. En estos casos es bastante una represión moderada; cuando más sería conveniente no añadir la comodidad y el

lujo á la brevedad de las penas y no poner tanta filantropía en la manera de ejecutarlas.

Sólo que no siempre es así y no sería razonable suponer que los elementos de esta criminalidad embrionaria puedan ser siempre mirados negligentemente como infinitamente pequeños. Aun en su limitada esfera llega un momento en que la multitud de pequeños delincuentes atrae la atención y en que á su vez entran en las clases peligrosas. Eran conocidos ya, á contar del siglo XVI, cuando en Londres, Nuremberg, Amsterdam, Lubeck, Hamburgo y Munich, se recluían en casas de corrección ó de trabajo á los mendigos y vagabundos, á las prostitutas, ladrones y aquellos de quien podía decirse de un modo general que se entregaban á la holganza y á una vida deshonesta (1). El objeto de la reclusión era impedirles que perjudicasen á los unos y pervirtiesen á los otros. *Wo er niemand mehr beschweren noch andere verführen kann* (2).

Y actualmente, es fácil comprender que no percibiendo á tiempo el estado peligroso de algunos aprendices de la criminalidad, se contribuye á su deformación definitiva. La repetición de las penas

---

(1) *Krohne. Lehrbuch der Gefängnisskunde.* Stuttgart, páginas 15 y siguientes.

(2) Edicto bávaro de 4 de Junio de 1682.

cortas no impide á los principiantes continuar su vida de aventuras ni reclutar compañeros, y, aumentando su audacia al asociarse, concluir por cometer grandes crímenes en cuadrilla.

El antiguo régimen conoció las partidas de ladrones y todavía, á fines del siglo XVIII, los malandrines desafiaban la rigurosa legislación de la Constituyente.

Estas asociaciones se reorganizan ante nuestra vista. Las agrupaciones de malhechores que en Francia, bajo el nombre de *Apaches*, y entre nosotros, en Bélgica, con la denominación de *Longues Pennes*, *Bandes Noires*, etc., alarman á los campesinos y á los ciudadanos, se componen de reclamados por la justicia, que operan con una seguridad creciente porque no tienen que temer ni á una policía rural imperfecta, que pueda crearles obstáculos, ni á testigos demasiado temerosos para atreverse á decir la verdad, ni á un encarcelamiento asaz efímero para que constituya una protección formal de las personas y las propiedades. En general, han entrado muy temprano en la vía del mal. Nuevamente, las cifras hablan aquí con extremada elocuencia: las encuentro en los legajos de los condenados criminales que tomo el 28 de diciembre de 1905, en la cárcel central de Lovaina.

En dicha fecha, la cifra de la población detenida en el establecimiento es de 555 condenados, en-

tre los cuales hay 330 que han *trabajado* aisladamente, sin ayuda de nadie, y 215 que han obrado en compañía de otros.

De los 330 malhechores individuales, 225 ó sea más de las dos terceras partes son reincidentes; y han incurrido con anterioridad en numerosas condenas correccionales ó criminales.

De ellos, 89 han sufrido cinco condenas ó más de cinco; 35 han sufrido 10 condenas ó más de 10, y 7 han sufrido más de 20 condenas.

Los 225 coautores ó cómplices son culpables de asesinatos, envenenamientos, violaciones, incendios, homicidios, robos á mano armada ó robos cometidos con otras circunstancias agravantes.

El número de 225 coautores ó cómplices es como mínimum; porque junto á los que han *trabajado* con codetenidos, que se encuentran en la Casa central el 28 de diciembre de 1905, hay presos que han operado con camaradas que han salido de Lovaina, bien por haber cumplido su condena ó bien por haber sido trasladados á otras cárceles.

Estos llegan al número de 125. Uniéndolos á los 225 que figuran en Lovaina, alcanzamos un total de delincuentes asociados de 350 individuos.

Y este es todavía un total que queda por bajo de la realidad. En efecto, del examen de los legajos resulta que, en una veintena de asuntos la justicia

no ha castigado á todos los cómplices y coautores, y que culpables de esta clase, permanecieron en el misterio y supieron librarse de la persecución.

De todas maneras, en 28 de diciembre de 1905, hay en la Cárcel central de Lovaina 330 criminales que han cometido sus crímenes aisladamente, mientras que el número 350 representa á los que, sin duda ninguna, han unido sus esfuerzos para cometer el daño.

Y estos 350 reclusos sin esfuerzo alguno forman verdaderas cuadrillas de ladrones en que figuran, según los casos, de 5 á 8 auxiliares y entre los que se encuentra ¡hasta una agrupación de 14 ladrones!

Generalmente son profesionales que con anterioridad han sufrido numerosas condenas correccionales por golpes de mano, hurtos, rebelión, injurias y estafas. Y es significativo poner en relación, por medio de algunos ejemplos, el número de reincidencias con la edad de los culpables.

Un condenado de treinta y un años (legajo 6.271) ha sufrido 14 condenas correccionales. Un penado de veinticinco años (legajo 7.750) ha sufrido 9 condenas también correccionales. Otro de treinta y cinco años (legajo 7.751) ha sufrido 26.

Un condenado de veinticuatro años ha sufrido 12 (legajo 7.820).

Un penado de veinticinco años ha sufrido 22 (legajo 7.800).

En la agrupación de los 14 ladrones, de que acabo de hablar, el patriarca del grupo tiene cuarenta y cinco años y ocho condenas anteriores; el benjamín tiene diecinueve años y 3 condenas. Otro con treinta y cuatro tiene 16 condenas, y otro veintiún años y 11 condenas (legajo 6.615).

El núm. 7.808 reseña un joven reincidente de veintiocho años con una hoja penal de 22 condenas; el núm. 8.079 se refiere á un individuo de treinta y ocho años que ha incurrido en 24 condenas anteriores.

Esta enumeración podría prolongarse indefinidamente. Simplificada de este modo nos suministra una prueba indiscutible de la ineficacia del sistema vigente.

Es indudable que algunos delincuentes por costumbre, una vez que entran en el engranaje de una vida irregular, y habiendo comenzado por leves faltas, rápidamente y muy jóvenes aún se convierten en verdaderos criminales alistados para siempre en las bandas de malhechores.

Creer que haciéndoles permanecer poco tiempo en una celda se dan al orden social suficientes garantías de seguridad, es cándido.

3) El estado peligroso y los anormales.

Junto á la indulgencia usada con los culpables por razón de la poca importancia del perjuicio material causado, hay que señalar la tolerancia cuyas causas se buscan en la imperfección é insuficiencia mentales y morales de algunos autores de delitos.

Esta degeneración puede manifestarse en los delincuentes, bien se trate de delincuentes primarios ó de reincidentes; de agentes que han realizado hechos sin gravedad; ó de temibles bandidos que perpetran un crimen en condiciones extrañas ó alarmantes que son incomprensibles.

Es cierto que la indulgencia con que se favorece á los anormales proviene del sentimiento de vacilación é incertidumbre de los jueces acerca de la conducta que deben seguir al encontrarse con una anormalidad que no es la locura.

Pero en la mayoría de los casos la incertidumbre y la vacilación son funestas.

Cuando se trata de grandes criminales degenerados, claro es que la justicia, que busca un término medio en la fijación de la cuantía de la pena, no tiene conciencia de su responsabilidad y hace más mal que bien.

Pero, aun cuando se trate de delincuentes anormales más tranquilos, y aun suponiendo que sean

capaces de inspirar piedad, la sentencia que pronuncia una pena corta puede ser contraria á las exigencias de la razón sin estar conforme todavía con las de la sensibilidad.

Porque los anormales puestos en libertad no vuelven á una existencia feliz y fácil en la que afectuosos cuidados los pongan al abrigo de las tentaciones. Con sus defectos, sus vicios y sus debilidades se ven devueltos á la miseria y la degradación.

Cuanto más insuficientes son, tanto más irracional es multiplicar sus luchas, sus zozobras y sus probabilidades de reincidir al aumentar sus idas y venidas entre la cárcel y la vida libre.

Con todo, es preciso apresurarse á reconocer que las dificultades de la situación y los escrúpulos de los jueces, provienen de las imperfecciones de nuestra legislación penal y de nuestras instituciones penitenciarias. Los jueces no pueden elegir sino entre la responsabilidad penal de un culpable (ya sea total ó parcial) y la irresponsabilidad de un alienado; entre el castigo y el ingreso en un establecimiento especial; entre la cárcel y el asilo.

Para los inferiores mentales y los anormales no hay texto legislativo ni hay establecimientos. La introducción en el derecho penal del principio de la defensa social y de la noción del estado peligroso tiene por consecuencias colmar estas lagunas;

de ningún modo tiene por fin inspirar contra los anormales un rigor inútil; se limita á hacer comprender la necesidad de instituciones especiales que no reflejen ni el concepto clásico de la penalidad ni el juicio clásico de la reclusión administrativa.

Durante mucho tiempo, en el que la justicia penal no conoció más que la salud moral y la locura completas, la responsabilidad y la irresponsabilidad absolutas, el sistema represivo que los Estados Unidos deben á los puritanos, y que Europa ha copiado de los Estados Unidos, ha parecido el mejor. Cuando se cree que el régimen penitenciario ejerce una acción intensiva y profunda sobre la moralización del culpable, se llega naturalmente á adquirir la convicción de que es preciso no desleir sino condensar la penalidad, lo que se consigue con el régimen celular de penas reducidas.

Mas si los progresos de la psicología nos hacen vislumbrar una profusión de grados y matices donde sólo estamos acostumbrados á distinguir dos términos extremos; si se nos ha llegado á convencer de la existencia de culpables, refractarios á las obras reformadoras del carácter; del mismo modo estamos obligados á admitir que hay que limitarse á veces á custodiar al individuo para protegerle á él mismo y para defender á la sociedad, y entonces el objetivo que se persigue no es la re-

ducción, sino la prolongación de la privación de libertad, tratando de infligir el mínimum posible de dolor á los que sufren esta privación.

La proposición que se agita ante nosotros no es, pues, una cuestión de principio, sino una cuestión técnica. No se trata de inquirir si los anormales tienen derecho á la benevolencia de los jueces, sino de si tienen necesidad de establecimientos apropiados á su naturaleza especial.

La subsistencia del *statu quo* (prisiones y asilos de alienados) es imposible.

La sociedad no se encuentra suficientemente defendida cuando se condena un delincuente anormal á sufrir una pena de cárcel, durante un tiempo arbitrariamente limitado por un artículo del código penal, que hace abstracción total del estado psíquico del condenado.

La sociedad no está bastante defendida cuando el anormal es recluído en un asilo de alienados; porque no está verdaderamente loco y los alienistas que, dicho sea de paso, no siempre están de acuerdo entre sí sobre la realidad del estado mental, pueden declararle curado como alienado cuando es todavía peligroso como delincuente rebelde á las leyes. Tan arbitrariamente puede el médico hacerle salir del asilo como el jurista le hace salir de la cárcel.

Aparte de esto, no hay que dirigir ningún re-

proche á los alienistas por ello; profesan la medicina mental y no están encargados de la defensa jurídica. A la autoridad judicial incumbe únicamente esta última misión.

Hay que organizar, pues, para estos casos un régimen nuevo, es decir, casas de preservación ó de reclusión que no sean asilos de alienados y que tampoco tengan nada de común con la celda, que resume la ciencia penitenciaria del siglo XIX.

En ellas no se economizará el aire ni el espacio, la disciplina tendrá más suavidad y variedad, la libertad de circulación más amplitud, los ejercicios físicos y los cuidados médicos é higiénicos más importancia.

En ellas se ejercerá, á más de la dirección administrativa, una vigilancia psiquiátrica continua; y cuando los médicos alienistas hagan visitas cortas, los médicos encargados del servicio de psiquiatría estarán adscritos de un modo permanente á las casas de preservación.

A más de los vigilantes que, como en las cárceles, garantizan la marcha regular de los servicios administrativos, serán precisos vigilantes dotados de conocimientos psiquiátricos y provistos de títulos que atestigüen las aptitudes especiales que su misión exige.

Las casas podrán ser diferentes, ó bien las mismas casas podrán tener departamentos separados

según tengan que albergar á histéricos, epilépticos, alcohólicos ó degenerados, puesto que los cuidados que hay que prodigarles varían según la naturaleza de estos grupos.

Pero lo que sobre todo importa tener en cuenta es que las casas de preservación, con lo complejo de sus servicios, incluso el servicio mental y psiquiátrico y el personal que requiere, estarán bajo la inspección y dirección exclusiva de la autoridad judicial y administrativa.

Esta autoridad estará investida únicamente del cuidado de conservar el orden. Ella sola será responsable; luego tendrá el derecho, rodeándose de todos los indicios útiles, incluyendo en ellos las observaciones médicas y ordenando las informaciones necesarias, sin exceptuar las médicas, de decidir si los delincuentes se pondrán en libertad ó continuarán recluídos.

Las reformas prácticas provocadas por la convicción de que los delincuentes anormales y peligrosos reclaman un trato particular, comienzan á observarse en la legislación positiva.

El código penal noruego, anteriormente citado, estatuye en su art. 39 que el condenado declarado peligroso puede ser encerrado por el Gobierno en una casa de cuidados educativos *(Pflege Anstalt)* ó en una casa de trabajo.

La ley especial noruega de 31 de mayo de 1900,

sobre el alcoholismo, prescribe que el Gobierno puede recluir al delincuente alcohólico, no en una cárcel, sino en un asilo curativo *(Heil Anstalt)*, durante un espacio de tiempo quo no excederá de tres años.

El anteproyecto recientísimo de código penal suizo (1) en sus artículos 31, 32 y 33 declara que los delincuentes profesionales ó entregados al libertinaje, á la vagancia ó al alcoholismo, necesitan un *régimen especial* y que, en vez de condenarlos á ser encarcelados, se les puede recluir en establecimientos de guarda *exclusivamente apropiados á su estado*, ó en asilos para bebedores.

En este orden de ideas, Inglaterra y los Estados Unidos, el Estado de Nueva Gales del Sur, en Australia y Nueva Zelanda, han reconocido igualmente lo inútil que es la estancia pasajera de los delincuentes alcohólicos en las cárceles, y han establecido con el nombre de *State Inebriates Reformatories*, asilos especiales para alcohólicos.

Y lo que sobre todo prueba que están próximas á realizarse en el extranjero transformaciones materiales importantes en el campo de las instituciones penitenciarias, y en las que Belgica no tiene participación alguna, es que en Inglaterra, que desde 1898 estaban separados el régimen de

(1) *Vorentwurf, etc. Neue Fassung.* Bern. 1909.

los delincuentes primarios y el de los reincidentes, se acentúa todavía más esta distinción en la *Prevention of Crime act* de 1908. Por otra parte, la introducción de la sentencia indeterminada, de que más adelante me ocuparé, en los Estados Unidos, el Transvaal y Australia, implica también la modificación del régimen interior de los establecimientos destinados para sufrir prisiones prolongadas.

Estas modificaciones, que nos alejan del régimen celular, deben fijar nuestra atención; son reflejo de la transformación de las ideas; se deben á una percepción más clara de la gravedad y de la persistencia de algunas defectuosidades psíquicas.

3) *De lo arbitrario en la apreciación del estado peligroso.*

Llegamos á la más grave de las objeciones que se hacen á la idea del estado peligroso y que abarca el conjunto del problema: al pensar en la extensión que es muy fácil dar en la práctica á la significación del estado peligroso, se experimentan serios temores por la libertad del individuo.

Sería difícil, sin embargo, sostener que con la introducción en el derecho penal del concepto del estado peligroso, se hace suceder el reinado de lo arbitrario al reinado de la legalidad: y sería aún

más aventurado afirmar que todo es claro cuando nos atenemos al estudio de la responsabilidad del culpable y que todo es oscuro cuando nos ocupamos del peligro que ofrece.

Entre los dos sistemas hay una diferencia fundamental.

Al conducir la justicia represiva á la idea de una pena legitimada por la responsabilidad del condenado, se entrega el derecho de castigar y la conservación del orden al veredicto de la ciencia médica, á la cual se hace salir de su papel.

Orientándonos hacia el principio de la defensa social, y aceptando el concepto del estado peligroso del delincuente, dejamos á los juristas su misión tradicional de custodios de la seguridad pública.

¿Diremos que de este modo evitamos las probabilidades de lo arbitrario? De ninguna manera. Nadie negará que los derechos individuales puedan ser injustamente lesionados, que el estado peligroso no pueda ser declarado abusivamente. La posibilidad de error es inherente á la justicia humana, y todo sistema que autoriza á unos hombres para juzgar á otros, contiene una parte de aproximación.

Por muchas que fueran las precauciones tomadas por la ley positiva, no se podría impedir la posibilidad del abuso. Una declaración de enajena-

ción mental ó de curación de un alienado no ofrece una certeza absoluta. La apreciación de un alienista no escapa á las controversias, y el error no es menos grave cuando el local donde injustamente se retiene á una persona lleva la denominación de asilo que cuando toma el nombre de cárcel, ó casa de trabajo ó de preservación.

De igual modo una decisión judicial jamás será más que una presunción de verdad. Ya se trate de una decisión civil sobre la inhabilitación de un mayor de edad, ó de una determinación penal acerca del grado de discernimiento de un menor, ó de una providencia del juez de instrucción que ordene una detención preventiva, ó de un juicio represivo imponiendo una condena, el juez puede engañarse. También puede suponer injustamente el estado peligroso de un delincuente, y hacerle sufrir sin motivo una larga prisión. Por tanto, es preciso multiplicar las garantías de que más adelante hablaré para hacer frente á semejantes eventualidades.

Pero lo que interesa poner en claro es que la libertad individual no está más comprometida con la adopción del principio del estado peligroso que con las tendencias de la escuela clásica, y que entre todas las decisiones judiciales ninguna puede producir más perplejidad que la relativa al grado de responsabilidad del culpable.

Y esto es tan cierto, que las legislaciones más

recientes tratan de suprimir estas dificultades de apreciación.

No citaré sino de paso el hecho seguramente extraño de que nuestros magistrados, dedicados siempre al estudio de la responsabilidad penal, no encuentren en nuestro código penal la palabra responsabilidad.

Pero es curioso observar que los textos introducidos en los principales códigos modernos evitan también, deliberadamente, el empleo de los términos «responsabilidad» ó «irresponsabilidad».

Se limitan á decir que el autor es ó no *penable:* el derecho de castigar depende de conocer hasta qué extremo el autor se ha visto impedido por su estado mental para comprender el carácter de su acto ó para dominar su voluntad en cuanto á este acto. Semejantes fórmulas figuran en las leyes de los cantones de Berna y de Zurich y en los proyectos preparados en Rusia y Austria (1).

El art. 44 del código penal noruego, declara:

«No existe acto *punible* si en el momento de su ejecución el autor, á consecuencia de un desarrollo imperfecto ó de la debilidad de sus facultades intelectuales, no era capaz de comprender la esencia y la naturaleza delictiva de su acción, ó si por

---

(1) Ver estos textos en la obra *Entwurf eines allgemeinen Strafgesetzbuches für Norwegen*. Berlín, 1907, Guttentag, pág. 108.

consecuencia de estas causas, ó del temor, ó de un peligro, ó de un estado anímico especial, no era dueño de sí.»

La ley penal del cantón de Basilea, dice:

«No existe acto *punible* si en el momento de realizarlo, no poseyese el autor la libre disposición de su voluntad ó la fuerza de discernimiento necesaria para tener conciencia del hecho delictivo.»

Seguramente esto es un adelanto, y los jueces encuentran en estos artículos algo más preciso que en la vaga noción de que un culpable debe ser responsable. ¿Pero no hay en él nada de conjeturas?

Si se concede á los tribunales competencia bastante para apreciar el grado de desarrollo de las facultades intelectuales del delincuente ó para graduar la intensidad de su fuerza de discernimiento, ó para calificar su estado anímico especial, su aptitud para comprender la ilegalidad de un hecho ó el poder de dominio sobre sí, ¿no se les concederá en ciertos casos y con más razón aún, que son igualmente aptos para apreciar el estado peligroso del acusado?

Los signos exteriores son más aparentes: se los encuentra á primera vista en los informes reveladores de los vicios é inclinaciones y que, hasta ahora, habían servido únicamente para diagnosticar el estado de responsabilidad; también se manifiestan por los antecedentes y el registro central

judicial, por el género, el móvil y el modo de ejecutar el hecho, por el medio y las costumbres del autor.

La ventaja del sistema que sustituye la manera constante de ser del individuo á la responsabilidad de una acción pasajera, es precisamente que suministra á los jueces una brújula que los guía en los casos en que, entre la bruma de las controversias modernas relativas á la responsabilidad parcial ó total, pierde la criminalidad todo contorno claro y determinado.

Además tiene otra cualidad estimable: nos permite despreciar confusas preocupaciones filosóficas para tomar eficaces medidas de defensa, en vez de prodigar penas que llegan á ser inútiles porque responden á ideas falsas ó contradictorias.

Nos queda por considerar el lado práctico de la cuestión y poner de relieve los indicios del estado peligroso que pueden encontrarse en las tres clases á que los criminales pertenecen: normales, defectuosos y alienados.

1.ª *Los normales.*—La hipótesis del estado peligroso será poco frecuente entre los delincuentes primarios normales.

No la encontramos ni en las causas sentimentales, ni en los crímenes pasionales que arrojan á un hombre honrado fuera de las vías legales para devolverle poco después á su existencia ordinaria.

No se presenta tampoco cuando se trata de infracciones originadas por la miseria y cuya repetición previenen las obras de asistencia y de patronato.

Tampoco existe cuando se trata de faltas leves y no acumuladas que no alteran profundamente el orden social y más bien testimonian falta de disciplina, de regularidad, de delicadeza y de rectitud que una naturaleza perversa y corrompida.

Y cuando se presenta en algunos de estos casos, es decir, cuando la conducta y los actos prueban instintos malos, violentos ó perversos, las legislaciones positivas poseen generalmente suficientes medios represivos y los jueces no tienen más que recurrir á ellos.

A veces se presenta hasta entre los reincidentes normales, y hemos visto que la reincidencia en sí es un peligro, ya haga entrar al delincuente en las filas de las clases criminales, ya exija medidas de defensa más serias, cuya legitimidad no habían visto muchos códigos. En este orden de ideas observamos una tendencia moderna que acentúa para los reincidentes la represión y el carácter eliminatorio de la penalidad. Francia posee la relegación perpetua. La ley inglesa de 1908, el código penal holandés y el código penal noruego prolongan la detención de los profesionales; el proyecto de código penal suizo y el proyecto austriaco adoptan el mismo principio.

2.ª *Los defectuosos.*—El estado peligroso es frecuente entre los defectuosos, y la defectuosidad es común entre los reincidentes. Von Liszt, van Hamel y otros más han observado con razón, en la sesión de Hamburgo de la Unión internacional de derecho penal (1), que la anormalidad que se hace palpable después de varias reincidencias, ha podido existir, sin embargo, desde la primera infracción. La anormalidad probada implica una reforma de nuestro régimen penal. Es ilógico devolver más pronto la libertad á los anormales porque son anormales, que á los normales porque son normales. Como ha dicho von Liszt, sería mejor á veces, para la seguridad de todos, el hallarse frente á verdaderos locos (2), porque entonces la autoridad administrativa cuidaría del peligro social, mientras que ahora la autoridad judicial no lo hace. Deben hacerlo la una y la otra.

¿Por qué, pues, en una cuestión tan clara y tan sencilla las opiniones se muestran aun tan indecisas y variables, y por qué tanta desconfianza en lo concerniente á las nuevas ideas?

Quizá no sea difícil de explicar. Proviene la desconfianza una vez más de la confusión que se ha

---

(1) *Bulletin de l'Union internationale*, vol. XIII, entrega 2.ª, páginas 436 y siguientes.

(2) *Bulletin de l'Union internationale*, vol. XIII, entrega 2.ª, pág. 486.

producido entre la ciencia médica y la jurídica.

Los médicos, los alienistas y los psiquiatras son muy propensos á extender el dominio de la anormalidad, y hay que temer su intervención. Pero al mismo tiempo el procedimiento abandona en sus manos la suerte del culpable y de la acción entablada y mezcla por completo dos funciones que deben estar claramente separadas, la del juez y la del perito médico. He aquí el *quid* de la cuestión. Para juzgar á los anormales los juristas han tomado la enojosa costumbre de escudarse en los médicos y pedirles su opinión sobre el grado de responsabilidad del acusado, y de este modo los jueces hacen al médico árbitro de la decisión judicial.

La situación es ilógica y es preciso romper con fórmulas cuya persistencia es perjudicial al ejercicio de la justicia represiva. El magistrado se confunde con lo equívoco y complejo de las cuestiones de responsabilidad, y en vez de confesarse que su tarea es susceptible de simplificación y que podría examinar por sí solo hasta qué punto es peligroso y punible el delincuente, se dice: «La cuestión de la responsabilidad es oscura é incierta; yo no sé resolverla, voy á encargar al médico que la resuelva en mi lugar».

Pues bien, el médico no es más apto que el jurista para desembrollar el enredo: por ambos lados se corre el mismo peligro del error ó de la ar-

bitrariedad. Quizá sea este riesgo mayor aún por parte del médico que ha estudiado principalmente la fisiología del organismo humano: en efecto, la obligación de formular una opinión acerca de los grados de responsabilidad, le plantea problemas extraños á sus preocupaciones ordinarias y que le son poco familiares.

Esto es tan cierto que los mismos médicos lo han reconocido (1).

La solución estriba en no pedir en adelante á los juristas ni á los médicos que resuelvan acerca del grado de responsabilidad de los anormales, y confiar sólo á los juristas el cuidado de comprobar la existencia del estado peligroso.

Lejos de nosotros el pensamiento de arrebatar al dictamen de los médicos la importancia que le corresponde, y de no volverles á llamar para que hagan, en las diligencias judiciales, las observaciones técnicas á que su competencia científica da una autoridad innegable.

Pero seguirán siendo peritos y sólo peritos. Harán en la vida judicial lo que el médico hace en la

---

(1) Ver una comunicación del Dr. Heger (*Bulletin de la Société d'Anthropologie de Bruxelles*, vol. II, 1885-86, página 107).

Ver una conferencia reciente del Dr. Claus en la Sociedad de medicina mental, el 26 de Junio de 1909. *La responsabilité humaine dévant l'examen médical*, Gand, 1909.

vida ordinaria cuando examina á un enfermo y trata de fijar el diagnóstico de su enfermedad. Tendrán que determinar si el delincuente es epiléptico, histérico, alcohólico, degenerado hereditario, idiota, insuficiente fisiológico, etc.

Es decir, que se recurrirá á ellos únicamente por sus conocimientos de especialistas y por su competencia profesional: que sólo redactarán un informe profesional sobre los hechos ciertos que la ciencia médica les ponga de manifiesto. Y una vez realizada esta tarea científica, los magistrados realizarán, á su vez, y con entera independencia su labor jurídica. El informe médico constituirá un elemento de apreciación, pero no será más que uno de los múltiples elementos de juicio de que los jueces deben rodearse para pronunciar su sentencia (1).

Los jueces no ignorarán que un anormal no es imprescindiblemente ni delincuente, ni peligroso.

Hay epilépticos, por ejemplo, que desempeñan á satisfacción de todos funciones importantes y son perfectamente capaces para usar de su libertad.

No ignorarán que un delincuente no es necesariamente ni anormal ni peligroso.

Numerosos autores de delitos pueden ser conde-

---

(1) Ver también *Entwurf eines allgemeinen burgerlichen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen*, trad. Buel. Berlín, 1907. Guttentag, páginas 118 y siguientes.

nados sin que sea oportuno recurrir á medidas de preservación.

No ignorarán que un delincuente anormal no es precisamente peligroso. No basta que un epiléptico ó un degenerado haya cometido, por ejemplo, un hurto leve ó haya proferido una injuria ó haya cazado furtivamente, para que un tribunal proclame su estado peligroso.

El estado peligroso del delincuente anormal sólo existirá cuando un género peligroso de criminalidad esté unido á un género peligroso de anormalidad, y cuando los magistrados, ilustrados por sus inquisitivas personales, por los antecedentes del culpable, por las circunstancias del hecho así como por los informes de los especialistas y guiados por las reglas de la experiencia, del sentido común y del derecho, hayan declarado, con pleno conocimiento de causa, la existencia de dicho estado.

No se niega á las autoridades judiciales ó administrativas la competencia necesaria para pronunciar la condena condicional ó la libertad condicional, cuya declaración presupone la prueba de la no existencia del estado peligroso. La autoridad judicial es plenamente competente para reconocer la presencia de las condiciones del estado peligroso y para permitir que se tomen las medidas de precaución que la situación exija.

Sólo que la decisión debe encomendarse á jueces

expertos y prudentes: y es lógico reservarla á jurisdicciones superiores, Audiencias criminales ó territoriales, y que se sometan al fallo de estos tribunales todos los individuos cuyo estado peligroso se presuma, aun por otros tribunales (1).

El código penal noruego (art. 32) confía en materia criminal el examen del estado peligroso al jurado. En Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda y el Transvaal la decisión acerca del estado del delincuente se reserva siempre, por costumbre, á los tribunales superiores.

3.ª *Los alienados criminales.*—Los alienados criminales presentan siempre, por decirlo así, los caracteres del estado peligroso, y acerca de la necesidad de tomar medidas de defensa social en lo que les respecta y de someterlos á un régimen especial, no existen divergencias de opinión.

Los procedimientos varían: Inglaterra, Italia, Noruega y ciertos Estados de la América del Norte han creado establecimientos exclusivamente destinados á los alienados criminales. Además se les recluye bien en dependencias de las cárceles, bien en anejos de los asilos de alienados.

No tengo que examinar detalladamente el pro-

(1) Von Liszt propone la concesión de este derecho al juez civil que en materia de interdicción examina cuestiones análogas (*Bulletin de l'Union internationale,* l. c., página 488).

blema que se debate en Bélgica desde hace medio siglo con el nombre de cuestión de las prisiones-asilos. Me limito á indicar que el carácter mixto de la situación de los individuos peligrosos por razón de su enfermedad mental y de su naturaleza criminal, impone una vez más al Estado un deber riguroso de protección y de defensa desde un triple punto de vista.

Desde el punto de vista exterior y material: debe tomar precauciones contra la posibilidad de las evasiones, que siempre serían causa de alarma.

Desde el punto de vista interior y de la disciplina: debe conciliar los sentimientos de humanidad que inspiran los enfermos con los sentimientos de desconfianza que causan sus instintos violentos.

Desde el punto de vista social: debe reservarse una inspección eficaz sobre la duración de la reclusión y las condiciones para obtener la libertad, porque el alienado criminal pertenece al mismo tiempo á la ciencia médica y al derecho, y á los representantes del derecho y del Estado es á quien incumbe, en último grado, la misión de la defensa social.

4) Lo arbitrario de la sentencia indeterminada.

Hemos pasado revista á las objeciones, y hemos probado lo que valen los temores provocados por una reforma que concede á los tribunales el derecho de declarar el estado peligroso de un delincuente.

Hay un punto que exige, sin embargo, especial mención. Pudiendo ser crónica la anormalidad que constituye la base del estado peligroso y siendo casi siempre de cierta duración, nos vemos obligados á deducir de ello la oportunidad de una detención prolongada y á veces hasta la aplicación de la sentencia indeterminada.

Y se sostendrá desde luego, y con apariencias de razón á primera vista, que las consecuencias de la declaración relativa al estado peligroso son perjudiciales al individuo, cuya libertad se encuentra más amenazada por la nueva doctrina que por el actual código penal.

Pero ante todo hay que observar que semejantes escrúpulos son acaso inherentes á las tradiciones de las civilizaciones anticuadas que atañen sólo á la forma, y los cuales no se experimentan en los países jóvenes. Ni en los Estados Unidos, ni en Australia, ni el Transvaal, ni en Nueva Zelanda se protesta contra una legislación que consagra la sentencia indeterminada. Hemos visto que el código

penal noruego realiza el principio para los defectuosos (1). Lo mismo sucede en lo concerniente al anteproyecto de código penal austriaco. Se viene, pues, poco á poco reconociendo que ciertos delincuentes, que continuamos sometiendo á la norma común, están, en cuanto á la seguridad colectiva, en una situación especial; que no están en condiciones de sufrir simplemente la pena ordinaria establecida por los códigos para los casos ordinarios; y se prolonga su detención, bien sin fijar término, bien añadiendo á la pena ordinaria una detención suplementaria, cuyo máximum está fijado por la ley (2).

Los Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Transvaal y Noruega no tienen, sin embargo, menos respeto para la libertad individual que los de-

---

(1) En los Estados Unidos la medida tiene principalmente el carácter de un sistema educativo de larga duración reservado durante cierto número de años á jóvenes delincuentes. Pero en Australia (Estado de New South Wales, desde 1906), (Estado de Victoria, desde 1908), en Nueva Zelanda desde 1906: y en el Transvaal desde el 21 de julio de 1909, la legislación concede á la autoridad judicial el derecho de declarar que ciertos delincuentes son criminales por hábito (*Habitual offenders*) y el de aplicarles una sentencia indeterminada.

(2) Tal es, especialmente, el sistema del código noruego y de la ley inglesa.

En Noruega los anormales peligrosos se someten á una sentencia indeterminada; los reincidente ó reiterantes peligrosos á una detención suplementaria, determinada por la fijación de un máximum

más pueblos. Sólo que los legisladores de estos países estiman que se pueden garantir los derechos individuales contra las probabilidades de error de dos maneras.

Primera: concediendo únicamente á las jurisdicciones superiores la facultad de decidir si el delincuente se encuentra en las condiciones requeridas para ser sometido á medidas especiales.

Segunda: aumentando las atribuciones del poder administrativo é instituyendo colectividades permanentes, que no tengan otra misión que velar por la ejecución de estas medidas y por la oportunidad de su aplicación (1).

Es natural que cuanto más importante es una sentencia judicial, de más precauciones hay que rodear la decisión que se dicte; más cualidades se tienen que exigir á los jueces que la tomen; y se necesita más experiencia, conciencia y celo, en los que vigilan su aplicación (2).

---

(1) El Gobierno acaba de crear en Melbourne una oficina de sentencias indeterminadas (*Indeterminate Sentences Board*), cuyos miembros están encargados únicamente de vigilar de un modo continuo, la ejecución de las sentencias indeterminadas y de emitir dictamen sobre el momento en que la pena debe cesar.

(2) Ver para todos los detalles sobre la organización de las sentencias indeterminadas. Freudenthal: *Unbestimmte Verurtheilung. Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*. Al. Teil. Band III, páginas 245 y siguientes. Berlín, 1908, Otto Liebmann.

En realidad no se repetirá bastante: una cosa es preservar la sociedad y otra cosa es castigar y punir, hacer espiar ó sufrir. Poner un anormal ó un peligroso en la imposibilidad de perjudicar, es, privándole de su libertad, compensar por la diferenciación en el tratamiento, la diferenciación de la duración de este tratamiento.

Bajo este aspecto el estudio de la reorganización de la vida interior de los establecimientos penitenciarios y de una preparación adecuada del personal penitenciario, tiene una gran significación.

El sistema educativo de los reformatorios americanos, de los que Elmira nos facilita el modelo, ó del reformatorio inglés de Borstal, de fecha más reciente, ha sido creado para el tratamiento de delincuentes aún jóvenes cuya reforma se espere, y su carácter esencial es, pues, el mejoramiento, la regeneración y la liberación.

Pero el sistema que conviene á los adultos peligrosos ó anormales, no tiene, en primer término, el mismo objetivo; es ante todo un sistema de preservación; tiene, pues, los rasgos especiales de una larga detención; la elaboración comienza en él y la necesidad de llegar al mismo se impone á todos los partidarios de las ideas innovadoras.

Lo único que hay que consignar aquí, es que la reforma del derecho penal está íntimamente ligada á la reforma del engranaje administrativo y pe-

nitenciario; la sentencia indeterminada, al modo de concebir su ejecución. Se trata de un trabajo de conjunto que debe ser concebido en su totalidad, y entonces los temores de arbitrariedad pierden mucha fuerza.

Sea lo que quiera, en el Continente, notables juristas, fieles á las máximas del derecho público de 1789, le atribuyen en lo concerniente á las penas, no un valor histórico, sino un valor absoluto, y conceden un papel importantísimo á la fijación, desde el principio de la detención, de un máximum legal de penalidad que no pueda traspasarse en ningún caso (1).

Les repugna pensar que un juez pueda condenar con la privación de la libertad y que un condenado pueda sufrir esta privación, sin conocer anticipadamente su término exacto.

Para ellos sólo una detención cuya duración está netamente fijada con anticipación, por el texto del código y por el juez que la aplica, es capaz al mismo tiempo de confortar las conciencias y salvaguardar todos los derechos.

Pero, ¿puede estar tan tranquila nuestra conciencia, cuando comprobamos con la medida de nuestras penas, que hay determinaciones que son

(1) Relación del profesor M. Garçon (Sesión de Amsterdan de la Unión internacional de Derecho penal, Abril 1909. *Bulletin*, páginas 357 y siguientes).

indudablemente arbitrarias (1), puesto que varían para la misma infracción de un país á otro y en un mismo país de tribunal á tribunal y ante un mismo tribunal de procedimiento á procedimiento? ¿No hay tanta arbitrariedad en la indulgencia como en la severidad? ¿No vemos á la autoridad libertar á delincuentes que siguen siendo peligrosos y retener á otros que podrían ser puestos en libertad?

Aún se nos debe permitir hacer notar que la justicia penal impone constantemente penas perpetuas. Así, pues, la sentencia indeterminada no puede ser considerada como más rigurosa ó más alarmante que la pena perpetua, puesto que la primera da una esperanza de liberación que la segunda excluye, y es, pues, más que ésta, una concesión al espíritu de humanidad.

Y si la pena perpetua no provoca el temor de lo arbitrario, si se tiene confianza en la decisión irrevocable una vez tomada, de un tribunal que condena á numerosos años de prisión ó á un encarcelamiento perpetuo, ¿por qué no tener la misma confianza en las deliberaciones múltiples y regulares de comisiones compuestas de jurisconsultos y especialistas, que examinaran en épocas fijadas por la ley y según informaciones serias, si la libertad puede concederse? Desde el momento en que se

(1) **Freudenthal, loc. cit., pág. 245.**

admite que la detención se debe prolongar (y sobre este punto todo el mundo está de acuerdo), ¿no existe el derecho de afirmar que hay más garantías para la libertad individual en varias deliberaciones sucesivas que en una deliberación aislada?

Por otra parte, hecha abstracción de cualquiera otra medida, las instituciones existentes y la fuerza misma de las cosas introducen cierta templanza en la prolongación de las detenciones. La libertad condicional suministra actualmente un medio para reducirlas, y la edad apaciguando las pasiones, debilitando los instintos, aflojando los resortes del organismo, hace menos indispensable la persistencia de las medidas de defensa. Se puede decir que en ciertos casos la intensidad de la sensación producida, la utilidad del ejemplo, el efecto perjudicial de la indulgencia sobre los caracteres débiles, fortalecen los motivos por que subsiste la detención.

Sólo que no podemos contentarnos con semejantes contemplaciones. A nuevas necesidades es preciso nuevos órganos. Necesitamos garantías suplementarias contra la eventualidad de los abusos; y debemos buscar estas garantías en el perfeccionamiento de los engranajes administrativos.

La aplicación de las medidas preservadoras debe estar bajo la fiscalización constante del poder administrativo. Hemos visto que el legislador extranjero lo ha comprendido así.

La ejecución de una sentencia indeterminada ó aun de una condena de detención muy larga basada en el estado peligroso ó anormal de un delincuente, no se concibe sin la intervención de comisiones ó de comités de vigilancia encargados de ocuparse continuamente de las consecuencias de la detención, de las condiciones regulares de su realización, de la legitimidad de su conservación ó de la posibilidad de ponerle término.

La legislación sobre los alienados nos ofrece un modelo que seguir. La ley belga de 1873 sobre los alienados, á pesar de sus deficiencias, ha organizado, al menos, con rigor la vigilancia de los asilos; quiere que los miembros de los comités permanentes y de las comisiones de inspección y los funcionarios delegados por el Estado, se den cuenta de lo que pasa en los asilos y visiten frecuentemente á los alienados.

Estas disposiciones tienen su lugar apropiado en el dominio que nos ocupa y al mismo deben ser transportadas, á fin de que, si la privación de la libertad se prolonga, la incertidumbre sobre su duración esté compensada con la certidumbre que inspiran las autoridades competentes sobre la legitimidad de su conservación.

No perdamos de vista que poseemos garantías morales que son adquisiciones definitivas de la cultura y de la civilización modernas. El juez del

antiguo régimen desconocía el derecho del individuo. El juez moderno tiene para el derecho individual un respeto que ha entrado en las costumbres y forma parte de su ambiente y le inspira escrúpulos, cuyo valor hay que reconocer, cuando se trata de la suerte y de la libertad del ciudadano.

VI

Del estado peligroso antes del crimen y del delito.

1) El deber de intervención del Estado.

He dicho que las transformaciones del derecho penal nos hacen percibir un estado peligroso, aun donde no hay delincuente, y un derecho de intervención del Estado, aun donde no hay ni crimen ni delito.

Nos encontramos aquí ante el punto de vista más sugestivo de todos estos temibles fenómenos, tan desconcertantes á veces; y debemos abordar la cuestión, aunque no se trate del derecho penal propiamente dicho, porque tocamos al origen y á las causas profundas de la criminalidad.

Hace más de un siglo que se discute apasionamente sobre si es necesario oponer al malhechor la indulgencia ó el rigor.

Esto se discutía cuando, bajo el luminoso cielo

italiano, Beccaria glorificaba á la humanidad, en tanto que, entre las brumas de San Petersburgo, José de Maistre prefería el verdugo. Y con la misma pasión se ha discutido más de cien años después, cuando Tolstoi, viendo en el crimen una forma del sufrimiento, le oponía la compasión, y no admitía ley contra la piedad para el débil, mientras Nietzsche, considerando el vicio y el dolor como una usurpación de la especie inferior á la especie superior, veía en la compasión un factor de decadencia y no admitía piedad en contra del derecho del más fuerte.

Lo que ha contribuído á agravar el conflicto de las opiniones acerca de las bases fundamentales del derecho de castigar, es el fracaso de los esfuerzos realizados desde hace un siglo con la esperanza de hacer disminuir la criminalidad.

La multiplicación de las cárceles, de las escuelas, de las habitaciones para obreros; el mejoramiento de los hospicios, de los hospitales, de los refugios; el desarrollo de las obras de caridad y de previsión, todo esto ha producido mucho bien, sin hacer retroceder gran cosa á la criminalidad, porque no se ha llegado á la fuente del mal.

En una sociedad civilizada el vasto depósito de las fuerzas criminales se extiende en todas direcciones y á medida que se vacía recibe de un modo continuo nuevas corrientes; si los diques que se les

han opuesto han sido impotentes es porque no se ha pensado en preparar mejor el suelo en que esas corrientes habían formado su cauce, y de este modo no han podido resistir la inundación.

Para convencerse de ello, basta penetrar en los locales de que acabo de hablar: escuelas, cárceles, refugios, ciudades obreras; basta visitar los talleres, zaquizamíes, callejuelas y callejones sin salida ó aun sólo con mirar alrededor de sí entre las clases directoras; y en todas partes, en todas las edades, en todas las clases sociales vese aparecer el fenómeno de la propensión á degenerar, de la anormalidad, de la insuficiencia.

La división de nuestra pobre humanidad en normales, anormales superiores y anormales inferiores es una conquista de la fisiología contemporánea, que ha dado más exactitud científica á las intuiciones de Lombroso y que ha modificado sus conclusiones.

En su última obra, *La Utopia moderna*, Wells hace de esta división la base del Estado, y destierra los anormales inferiores ó viciosos á islas especiales en que se les trata con dulzura.

Hay anormales entre los intelectuales; grandes talentos como Mahoma, Pascal, Rousseau; escritores eminentes como Hoffmann, Edgar Poe, De Quincey, Coleridge, Baudelaire, etc.

Los hay entre los ricos; los hay entre los pobres.

Y las estadísticas más recientes demuestran la gran proporción de viciosos y degenerados de todas las categorías que se encuentran entre un númer · dado de habitantes en todos los países.

En Inglaterra, el *rapport* de la Comisión real, *On the Care and Control of the Feeble Minded* (1), fija en 150.000 personas la cifra de defectuosos ó insuficientes no alienados, y en 67.000 el número de estos anormales que actualmente están entregados á sí mismos.

En las *Workhouses* y las cárceles de Inglaterra hay cerca de un 10 por 100 de anormales. En la cárcel de Pentonville, la proporción se da por el Dr. Parker Wilson (2).

Una estadística, presentada en 1907 al *Home Office* por el inspector Brantwhaile, facilita cifras de las que resulta que de 2.277 pensionistas de los *State Reformatories* de Inglaterra, hay: 51 alienados; 315 anormales graves, imbéciles, epilépticos; 1.060 defectuosos de menos cuidado; 551 individuos de capacidad mental mediana (3).

La estadística de Kohlmann de 1901 da en Suecia, Baviera, Sajonia, Wurtemberg y Estados Uni-

(1) *Blue Book*, 1908, vol. VII, *passim*. London, Morgan and Son.

(2) *Rapport* de la Comisión inglesa. *Blue Book*, etc.

(3) *Crime of the Empire* (*Report of the Howard Association*, 1908, pág. 83).

dos, un degenerado por cada 500, 600, 700 habitantes.

En Bélgica el Dr. Demoor calcula esta proporción en 1 por 850 habitantes (1).

En Bélgica el doctor Vervaeck ha encontrado entre los 5.000 vagabundos que desfilan anualmente por la cárcel de Bruselas, un 31 por 100 de degenerados, un 9 por 100 de epilépticos, ó sea un 40 por 100 de defectuosos (2).

El Dr. Claus estima que existen actualmente en el país 5.000 epilépticos entregados á sí mismos ó que se encuentran á cargo de sus familias (3).

Y no es preciso observar que todos estos anormales son ó han sido en otra época niños defectuosos.

Según informaciones llevadas á cabo sobre la población escolar de Alemania y Bélgica, sabemos que hay cerca de un 10 por 100 de niños anormales en las escuelas. La aglomeración bruselesa por sí sola cuenta 600 niños anormales (4).

En Londres los directores de siete instituciones para niños anormales estiman que estos estableci-

(1) Cifras dadas por Demoor, Secretario de la Sociedad protectora de la infancia anormal; particularmente el *rapport* del 15 de Marzo de 1908. Bruselas-Buelens.

(2) *Y-a-t-il en Belgique un type anthropologique de vagabond?* Bruselas, 1907. Hayez.

(3) Conferencia citada, pág. 14.

(4) Demoor, *Rapport* citado.

mientos contienen un 10 por 100 de anormales graves (1).

El desarrollo de la criminalidad precoz y la frecuencia de los suicidios de adolescentes, son un comentario aterrador de la plaga de la propensión á degenerar (2).

Seguramente, la tendencia á degenerar no siempre constituye un peligro social; reviste las formas más variadas; puede ser inofensiva y aun á veces producirá extraños resultados no perjudiciales, cuando entre los llamados degenerados superiores se manifieste como neurosis intelectual.

En los medios sociales privilegiados la tendencia á degenerar tampoco es peligrosa en todos los casos; puesto que se tienen múltiples medios de preservar á los débiles de espíritu y de voluntad, se los puede rodear de cuidados en sus casas, ahorrarles las molestias de la concurrencia vital, ponerlos al abrigo de funestas tentaciones; en suma, la armadura de plata que los envuelve, por más que sea artificial, sostiene los organismos más débiles.

Pero los defectuosos llegan á ser peligrosos para ellos mismos y para los demás, cuando su insufi-

---

(1) Comisión real inglesa, *Rapport* citado.

(2) Alfredo Fouillée (*Revue de Deux Mondes*, 15 Enero 1897).

ciencia se encuentra unida á la insuficiencia del medio social, y cuando á la atmósfera envenenada de los bajos fondos, los riesgos de la miseria y el abandono, vienen á sumarse los peligros de la tendencia á degenerar.

El niño indigente y defectuoso no resiste la ola del vicio que incesantemente rueda y acarrea con ella detritus cada vez más numerosos. Fatalmente se ve arrastrado; incapaz de obtener éxito en la escuela ó en el taller, fatalmente llega á oponerse á las leyes y concluye por vivir á cargo de la sociedad como mendigo, vagabundo ó delincuente.

Y en ese momento la sociedad, que hasta entonces parecía ignorar la existencia de la defectuosidad, la descubre de repente y se ocupa de ella apasionadamente. Se hacen visitas, informes, artículos, libros, se investigan los defectos ancestrales del anormal. Sabios como Grasset (1) creen haber dicho todo al distinguir los actos debidos á las neuronas psíquicas inferiores y los actos debidos á los centros psíquicos superiores, como si fuese fácil distinguir estas dos clases de actos. Se hunden en el arcano de la responsabilidad criminal y se encuentran en un callejón sin salida, porque han esperado mucho tiempo y porque, en vez de inter-

(1) *Introduction phisiologique à l'étude de la philosophie*, París, 1900, pág. 169.

venir después de la caída definitiva, debían haber intervenido antes.

Para ser eficaz la intervención debe ejercerse desde la niñez. Entonces es cuando deciden de la vida influencias misteriosas, y cuando en la intensidad de la circulación moderna, los gérmenes malsanos actúan rápidamente. La estadística de todos los países demuestra que las obras de redención de los delincuentes adultos son vanas é ilusorias, porque se emprenden tardíamente (1).

El que mejor ha expresado esta verdad no es un criminalista, sino Jhon Ruskin, ilustre pensador, que en su libro *The Queen of the air*, pár. 133, dice:

«El derecho de intervención pública en la conducta de los criminales comienza cuando germina en ellos la corrupción, y no cuando han dado ya pruebas de una corrupción sin esperanza.»

---

(1) En Bélgica la estadística judicial criminal suministra en 1907 las siguientes cifras: de 40.000 condenados varones tenían:

105	menos de	16	años de	edad.
2.0[illegible]8	—	18	—	—
5.[illegible]2	—	21	—	—
7.663	—	25	—	—

Hay, pues, entre 40.000 delincuentes cerca de 16.000 jóvenes, y se puede preguntar cuántos de ellos han resultado criminales precoces y más tarde reincidentes porque se han visto abandonados á sí mismos en su niñez.

Esto ha sido comprendido perfectamente respecto de los indigentes ciegos y sordomudos. En ninguna parte se espera á que hayan sucumbido: y es ilógico el atender á éstos y no hacer nada por los defectuosos puesto que en los ciegos y sordomudos sólo una facultad está atrofiada, mientras que en los anormales todas las facultades están formándose y quedarán á un nivel inferior.

Dos clases de hechos revelan además la repercusión profunda de la anormalidad en el estado social y la necesidad imperiosa de tomar medidas de defensa social.

La primera es la extremada fecundidad de las mujeres anormales y la frecuencia entre ellas de nacimientos ilegítimos.

La segunda es el carácter hereditario pronunciadísimo de la propensión á degenerar.

La fecundidad de las jóvenes anormales se desprende de numerosos documentos.

En la obra de los Niños Mártires de Bruselas, están admirados acerca de este punto, y Mr. Demoor indica particularmente que ha visto acudir á ella, durante dos años seguidos, á una joven idiota de dieciséis á diecisiete años que cada vez llevaba un nuevo vástago, cuyo padre no podía indicar (1).

---

(1) Demoor: *Les enfants anormaux et la criminologie*, Bruselas, 1899. Visele, pág. 11.

Los inspectores de los establecimientos de beneficencia de Inglaterra, los guardianes de los pobres, los directores de los asilos y casas de maternidad señalan unánimemente la cifra elevada de los nacimientos ilegítimos entre las insuficientes mentales ó morales; se comprende que las mujeres degeneradas, sin imperio sobre sí mismas, sin fuerza alguna para resistir, sin cuidados por el mañana, rodeadas de seres brutales é impulsivos, estén aún más expuestas que las demás; sus frecuentes embarazos no tienen nada de asombroso (1).

El hecho de la persistencia hereditaria de la de-

---

(1) En Manchester, en tres meses, de 94 admisiones hechas en la casa de maternidad, se contaban 19 mujeres defectuosas cuyos hijos, excepto dos, eran ilegítimos.

En el Somersetshire la mitad de las mujeres admitidas en la maternidad eran anormales: las tres cuartas partes de los hijos, ilegítimos.

En el Workhouse de Stoke Upon Trent, 16 mujeres anormales habían concebido un total de 116 hijos.

En Edimburgo, el Dr. Barclay había examinado una madre de diez hijos ilegítimos, que era incapaz de contar con los dedos el número de sus hijos.

El Dr. Tregold indica 42 mujeres inferiores mentales que han tenido 78 hijos naturales y presenta un cuadro de 150 familias degeneradas con un total de 1.269 niños entre los cuales había 170 que nacieron muertos; 315 que murieron antes de los veinte años; 245 anormales. (Para todos estos detalles y muchos otros curiosísimos ver el voluminoso informe de la *Royal Commissión*, etc., etc., passim.

generación es también muy natural y alarmante. La anormalidad, primero latente en una familia, estalla de una manera repentina y parece que hace explosión bajo la influencia de causas tales como la miseria, el alcoholismo, la lujuria; después, una vez aparecida, se arroja sobre los descendientes que, anormales como sus padres, procrean á su vez degenerados, que son la carga de la sociedad.

Y si se piensa en las circunstancias á veces trágicas (la avariosis, la tuberculosis, la embriaguez, las violencias) que en las heces sociales, pueden acompañar la concepción, la gestación y el nacimiento, figúrese lo que puede pasar en un organismo en formación, cuando á la miseria moral de los padres se une su degradación fisiológica.

Los delegados de la Comisión real inglesa, que han visitado en Pensilvania el célebre instituto para anormales de *Evelyn School*, en el que existían 1.000 niños, han comprobado que un 10 por 100 de ellos, pertenecían á una tercera generación de anormales. Los doctores Clouston y Barclay, interrogados en la información inglesa, han hecho análogas declaraciones respecto á su país (1).

Así, pues, mientras nuestra civilización hace más acerba la lucha por el pan cuotidiano y aumentan las causas de degeneración, llega por el

(1) **Informe, etc.**

progreso de los sentimientos humanitarios á conservar millares de vidas, en otro tiempo segadas por la miseria y las calamidades públicas; mantiene entre nosotros un tipo de humanidad inferior y perpetúa defectos, debilidades, insuficiencias, cuyo costoso fardo arrastramos los demás.

Y aquí se levanta un terrible punto de interrogación.

¿No hay que temer con Darwin, Spencer y Nietzsche que la piedad nos conduzca á la decadencia y no deje subsistir más que algunos raros ejemplares de individuos sanos y equilibrados? ¿Debemos temer que la marea creciente de los incompletos acabe por sumergirnos y prepare lo que se ha llamado «el crepúsculo de los pueblos»?

No hay nada de esto dichosamente. La herencia acentúa la degeneración; la hace cada vez más grave, hasta el día en que el organismo, caído demasiado bajo no se reproduce ya, y en el que la impotencia, la esterilidad y la muerte, extinguen la decaída prole y restablecen un cierto equilibrio.

Pero de esto no se deduce que debamos cruzarnos de brazos. Sería á la vez cruel y peligroso dejar á la naturaleza el cuidado de obrar. Abandonar, en efecto, los degenerados á las leyes naturales, es acrecentar el pauperismo y la criminalidad. El fracaso de las obras de filantropía y de enmienda multiplicadas para los criminales adultos, nos

prueba la necesidad de atacar el mal en sus raíces. En la base de la indigencia material existe la indigencia fisiológica, mental y moral. Antes de ocuparnos del pobre por razón de su pobreza, del delincuente por razón de su delito, debemos ocuparnos de la circunstancia primordial que ha provocado ó perpetuado la pobreza ó el delito; esta circunstancia es que junto á aquellos que reunen á su nacimiento las condiciones del desarrollo normal, hay niños para quien estas condiciones no existen. La ineptitud de vivir una vida regular es en ellos fundamental, y si están en la miseria la catástrofe final es inevitable.

Desde luego nos encontramos ante un dilema. Sacrificar á los degenerados y suprimirlos en interés del superhombre; ó conservarlos, pero entonces protegerlos, en interés de todos. La pena de muerte aplicada á los anormales ó el cuidado de las anormales; no hay otra solución. Puesto que la civilización moderna se sublevaría por justos títulos contra la eliminación definitiva, no queda más sistema que el de la preservación social.

Tal es, cuando se trata del niño anormal, defectuoso, degenerado, arrojado sin recursos en la refriega de un mundo degradado, la justificación del derecho de la autoridad pública, excluída toda hipótesis de criminalidad.

Esto no es solamente una salvaguardia para la

masa y un beneficio para el individuo objeto de ella, es un remedio á las lagunas del código civil que ha sido en esta materia una legislación de clase.

El código civil asegura la tutela del niño normal; da un consejo de familia al menor de edad ó al adulto que tiene inclinación á la prodigalidad; da un administrador al niño ó al adulto anormal. Pero no interviene sino cuando hay un interés material en juego, un patrimonio que salvar, una fortuna que garantir contra dilapidaciones posibles. No se preocupa por las personas. Pero el defectuoso pobre no posee nada; su único patrimonio es su persona y su modo de conducirse en la vida; es preciso, por tanto, tratar de darle un apoyo y un refugio, porque si en los casos enumerados por el código civil la inercia de la autoridad conduce á la ruina, aquí conduce al crimen.

2) Las reformas necesarias.

El movimiento de reforma ha comenzado ya en todas partes; los legisladores han entrado en la senda de la protección á la infancia; han empezado, también, á organizar tribunales para niños. Pero, en todas partes, se reconoce que es preciso llegar más lejos aún y que hay que adoptar un conjunto de medidas legislativas y educativas apropiadas al fin que se trata de alcanzar.

Desde el punto de vista legislativo no podemos darnos por satisfechos con esfuerzos aislados, ya sean de las administraciones locales, ya de la iniciativa privada, que, para mejorar la situación, crean acá y allá instituciones para anormales (1).

Hace falta un plan completo, una acción permanente. El poder central debe dar unidad y consistencia á las medidas que se adopten, y ejercer sobre su aplicación una inspección general.

Poseemos un servicio de higiene física. Necesitamos un servicio de higiene moral y mental del que dependa el cuidado de los degenerados, y que adopte las reglas uniformes cuya eficacia han puesto de manifiesto la experiencia y la ciencia psicológica.

La Comisión gubernativa inglesa, cuyos trabajos he citado, y que está compuesta de jurisconsultos y médicos eminentes, propone en este momento una centralización de este género, como resultado de una información que ha durado cuatro años.

La continuidad es una regla importantísima que debe observarse en las medidas de protección de los anormales.

---

(1) Bruselas, Amberes y Gante poseen en alguna de sus escuelas clases para anormales. Las autoridades provinciales organizan actualmente asilos para defectuosos en la provincia de Amberes y en el Brabante; y el Padre Amédée posee en Gante, Lokeren, Tessenderlóo y Lummen asilos particulares para niños anormales.

Actualmente, ora se trate de la escuela, del asilo, del taller ó de la cárcel, la estancia de los defectuosos en los mismos es temporal. Ni en la escuela, ni en el taller se les retiene, porque son en ellos causa de desorden y no sirven para nada. No se les retiene en la cárcel (donde, por otra parte, no debían entrar nunca), porque la pena que se les impone es siempre de corta duración. Tampoco se les retiene en los asilos especiales, bien porque no hay sitio, bien porque han llegado á la mayor edad, y salen de ellos para ceder su puesto á otros. Aunque poco á poco, las condiciones de la vida empeoran para ellos, al mismo tiempo que el peligro social se acentúa para los demás.

La clasificación metódica de los anormales, que, como ya sabemos, presentan diferentes categorías, es una segunda regla también importantísima (1). La autoridad central tendrá que ocuparse de la selección de los anormales y del régimen á que se

(1) Las dos categorías más amplias son los anormales profundos y los demás. Los anormales profundos son incapaces de progreso y parece que les es imposible el volver á levantarse de un fracaso irremediable; en tanto que los otros son capaces de ciertos progresos muy limitados y de una especie de adaptación inferior á una vida inferiorizada. Colocados en condiciones favorables y sometidos á un régimen educativo prolongado, hasta se les pone en estado de subvenir en proporciones reducidas á pequeñas necesidades.

les debe someter; de comprobar de un modo permanente la existencia del estado anormal y de inspecionar todos los detalles de los servicios.

El cumplimiento de estos deberes exige la colaboración, el sacrificio y la experiencia de numerosos auxiliares. No se puede, por otra parte, realizar ninguna reforma social, en este terreno, sin apelar á nuevas abnegaciones y á nuevas autoridades: y la suerte de esta clase especial de desheredados dependerá de la actitud que acerca de los mismos tomen las clases directoras. Del mismo modo que la asistencia pública es imposible sin la intervención asidua de los visitadores de los pobres, y así como no se comprende el cuidado de los alienados sin la constante intervención de las comisiones inspectoras; el tratamiento de los delincuentes defectuosos reclama la institución de comisiones de vigilancia, y el servicio de higiene mental y moral exige también la colaboración asidua de especialistas experimentados.

Por último, en lo que concierne á la reforma de los métodos educativos y pedagógicos, éstas son igualmente necesarias. Hay que aprovechar los adelantos obtenidos en la formación del individuo por la psicología y la fisiología, y tener en cuenta los ejemplos que nos suministran Inglaterra y los Estados Unidos.

No tengo por qué ocuparme aquí de la forma-

ción moral, que seguramente es la base de toda educación. Solamente trato del aspecto técnico; señalo la transformación técnica de los métodos que se realiza para los normales, ante nuestra vista, y nos enseña el camino que ha de seguirse en lo que concierne á los anormales.

Víctor Hugo, hace cincuenta años, exclamaba: «Poblad las escuelas y vaciaréis las prisiones». Los hechos han desmentido su predicción, porque ha transcurrido medio siglo y la enseñanza continúa siendo puramente verbal y libresca.

Es ilusorio creer que la expresión verbal es la creadora del pensamiento, cuando sólo es su reflejo. Y es también ilusorio suponer que la lectura, la escritura y el cálculo constituyen un medio para que el obrero logre su emancipación, cuando no son más que los útiles. Y del mismo modo que el cepillo y el martillo no forman al buen carpintero, tampoco ellos lograrán que el adulto se haga más capaz, más enérgico y más seguro de sí.

En un naufragio importa más saber nadar que saber leer; en la vida también ocurre que más necesaria que la instrucción formal es una línea de conducta; cuando aquélla queda aislada es, á veces, una gimnasia intelectual de adorno que no impide la atrofia de las facultades innatas indispensables para el éxito del obrero contemporáneo.

Lo esencial no es sólo poseer el instrumento,

sino saber la manera de utilizarlo, y esto no se aprende con lecciones abstractas sino por medio de la acción, por el contacto con las realidades, por el trabajo manual y el de los ojos. Sólo con hacer que un niño utilice hábilmente sus dedos se puede despertar su curiosidad, estimular su cerebro, excitar su inteligencia. Para conseguir que broten la espontaneidad y la iniciativa, no existe más que la elasticidad y suavidad de los métodos, la libertad de procedimiento en maestros y alumnos y la ausencia de formalismos.

Estas verdades, proclamadas tanto por Rabelais como por Montaigne, Rousseau, Pestalozzi, Frœbel y también por Stanley Hall, se admiten hoy por todos los pedagogos; constituyen la base de la formación técnica del joven obrero americano; penetran en Europa; inspiran la enseñanza profesional; hacen comprender en todas partes la necesidad del aprendizaje obligatorio, que no es sino un retroceso á las antiguas tradiciones medioevales. Y sobre todo cuando se trata del hijo del pueblo, se patentiza cada vez más que al lado de una educación teórica y de cierto ritmo del pensamiento, es preciso inculcarle cierto ritmo de la vida y una educación práctica.

Podemos aprovecharnos de estos datos, aun cuando se trate de anormales. Respecto de éstos éramos víctimas de un prejuicio. Decíase: Puesto

que son rebeldes á la educación clásica, su adaptación al medio es imposible. La experiencia prueba que nos hemos engañado.

Aun en el sér vivo más inferior, existe lo que es inherente á la vida, es decir, cierta energía vital, cierta tendencia creadora. Se trata solamente de encontrarla y hacerla surgir. Y la gloria de la pedagogía moderna será haber tratado de despertar la reducida actividad de los pobres de espíritu, haber pensado en utilizarla de la misma manera que la industria moderna utiliza sus residuos.

La prosperidad industrial está en relación con la utilización de los residuos. Del humo de la fábrica se sustrae el calor; del gas, el amoníaco; las cenizas de la caldera sirven para la fabricación del cemento; la victoria en la lucha por la expansión pertenece al más ingenioso en hacer valer los productos secundarios, en el ahorro de la fuerza, del calor y del movimiento.

¿Es posible que la sociedad no pueda hacer con sus residuos lo que la industria hace con los suyos? Nosotros también podemos reducir los gastos generales de la administración social, dar valor á los residuos sociales y velar por que la pérdida de fuerza se reduzca á un mínimum. Un organismo inferior puede ser útil, siempre que se consiga adaptarlo á una función inferior.

La experiencia está hecha: ha comenzado por la

enseñanza de los atrasados; ha continuado con la enseñanza de los anormales, y los anglo-sajones, en lo que concierne á estos últimos, se han puesto á la cabeza del movimiento.

En los Estados Unidos é Inglaterra los anormales se someten á una preparación prolongada; lo esencial es tomarlos desde sus primeros años y guardarlos por tanto tiempo como lo exijan su seguridad personal y la seguridad pública. También á veces se les recoge desde los tres años y se les retiene siempre, hasta después de su mayor edad.

El sistema aplicado tiene por objeto hacerlos aptos para realizar, bajo la vigilancia de alguien y en calidad de auxiliares, tareas accesorias; no tiene nada de común con el régimen escolar clásico.

El niño anormal no está en una clase en que pasa algunas horas por día y que abandona á las doce y á las cuatro y en los días de asueto y de vacaciones, para regresar entre la ociosidad y la holgazanería á las tendencias que se trata de combatir.

Está en un asilo, sometido á una educación permanente, como estaría en un hospital, sometido á un tratamiento constante.

El método adaptado á estos cerebros incompletos es sencillamente el método preconizado por Frœbel para los párvulos, puesto que los anorma-

les, durante toda su vida, pueden considerarse como semejantes á los párvulos. Lo que tiene de particular es que en él no se concede una especie de virtud mágica á la lectura, á la escritura y al cálculo. Se ha observado que cuando se ha conseguido, después de mucho trabajo, inculcar á los anormales las nociones clásicas elementales y se les ha abandonado á sí mismos, las olvidan rápidamente y vuelven á convertirse en iletrados. También reconocen los educadores y las educadoras de los anormales que, para un cierto tipo de niño defectuoso, la lectura, la escritura y el cálculo son un «*grotesco* despilfarro de tiempo» (1) y conceden mucha más importancia al canto, á la gimnasia, á los juegos, á la educación de los sentidos y á las costumbres regulares del cuerpo y del espíritu. Tratan de educar á sus alumnos por la repetición de ocupaciones muy sencillas que conduzcan á la adquisición de una habilidad manual rudimentaria; no se intenta de ningún modo elevarlos á un nivel superior; se desciende á su nivel; se pone uno á su alcance y se desarrolla en ellos lo que es susceptible de desarrollo.

Y lo interesante es que se obtienen los mismos resultados hasta con anormales profundos, de los que podría creerse que no era posible esperar nada.

---

(1) Deposición del Dr. Bennett en la información inglesa.

América, después de haber sido la cuna del régimen penitenciario, es el país modelo de los asilos ó refugios para anormales profundos (1).

En inmensas colonias de trabajo ó granjas-asilos (como, por ejemplo, los establecimientos de Evelyn School y de Polk, en Pensilvania, ó de Columbus, en el Ohío), se enseña á los niños á servirse de sus músculos; se ejercitan sus ojos y sus manos; se les emplea en la limpieza, en los trabajos domésticos. Los muchachos frotan los muebles, hacen cestos y cepillos, y las jóvenes cosen, lavan la ropa blanca, cocinan; hasta las menos desarrolladas tienen también una ocupación: friegan el suelo y experimentan la satisfacción de recibir felicitaciones cuando el trabajo está bien hecho (2).

A todos se les trata con benevolencia y se les prestan los cuidados médicos que exige su estado. Todos gozan de aire, de luz, de comodidad, de una alimentación sana, tienen libertad para hablar, para moverse, para divertirse; se multiplican para ellos los ejercicios y los recreos; á veces se les lleva á acampar bajo tiendas en el bosque.

---

(1) Maravillosos resultados se han obtenido también en Gante, en el refugio del Strop.

(2) *Report of the members of the Royal Commission upon their visit to American Institutions. Blue Book*, vol. VII, 1908.

No se podría negar la extensión de tales esfuerzos. Mientras que en Bélgica, el anormal indigente, después de haber fracasado en todas partes, para con frecuencia en la estrecha celda de una prisión, y cuesta inútilmente mucho dinero; en los Estados Unidos, el anormal que tiene la suerte de haber sido recogido en una granja-asilo, cuesta también dinero, pero no llega á ser delincuente. No empieza en la calle, ni acaba en la prisión. Está en una comunidad en pleno movimiento; tiene la ilusión de la vida social; á pesar de su inutilidad, se forja la ilusión de llenar un puesto en la sociedad; pasa en esta comunidad, viva y trabajadora, horas más dichosas, más agradables que las que le procuraría la libertad, cuyo uso será siempre para él un sufrimiento y un peligro; de suerte que el problema, que consiste en quitarle esta libertad, sin infligirle un castigo, está resuelto.

Para las mujeres defectuosas, la entrada en tales asilos tiene, además, otra significación; abandonarlas en la edad de la maternidad á los azares de la gran lucha, es exponerlas á las peores aventuras y llevarlas á la prostitución. El régimen paternal de las colonias, tal como funciona, por ejemplo, en el establecimiento para mujeres defectuosas de New-York-State, es seguramente el medio más humano de evitar el peligro hereditario de la tendencia á degenerar.

Tal es el concepto de la defensa social ejercida en lo que tiene de más noble y más elevado, identificada completamente con la protección social y alejada de toda idea de atentado punible de la autoridad contra la libertad individual.

El día en que esta concepción se generalice, los jueces sólo tendrán ante sí el residuo de los culpables rebeldes á las leyes.

Sabrán distinguir mejor entre el crimen y la miseria; entre la sensiblería, que es un reto á la moral, y la verdadera justicia, que sólo es humana. Y su misión se simplificará.

Hay que añadir que haciendo los sacrificios preventivos necesarios, no sólo simplificaremos el problema penal, sino que disminuiremos el riesgo de la criminalidad en la proporción en que pueda ser reducido.

No hay necesidad de decir que no lo suprimiremos.

La criminalidad no se suprime, como tampoco se suprime la guerra, la enfermedad, el pauperismo ú otra plaga cualquiera.

Entre los misterios que nos rodean, la presencia del mal sobre la tierra es uno de los más inexplicables; todas las filosofías se han ingeniado para desentrañarlo y todas las teodiceas han tratado de conciliar las perfecciones divinas con la existencia del mal.

Sea lo que quiera, el mal existe entre nosotros, y porque existe tenemos el deseo de mejorar y de que el progreso sea una necesidad.

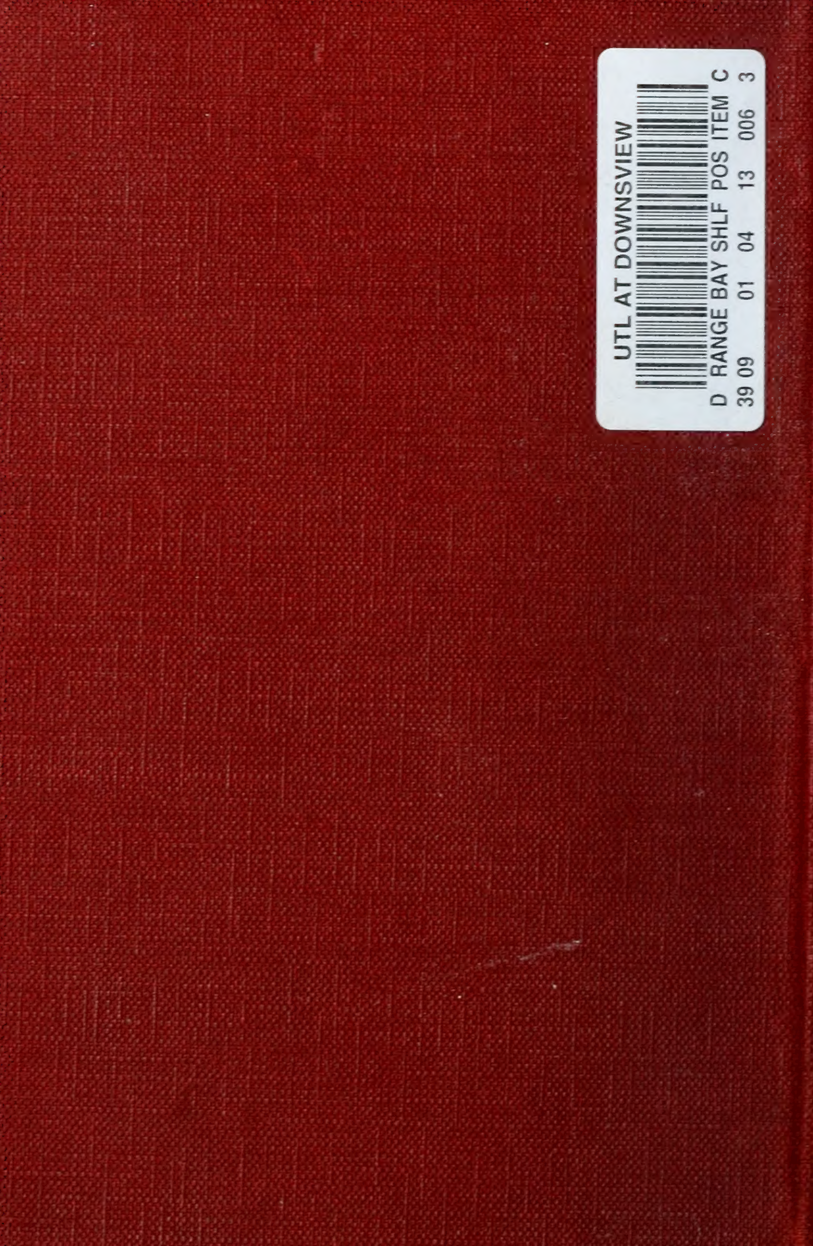
Y porque el progreso es una necesidad, es por lo que tenemos deberes que cumplir y un fin que alcanzar; es decir, utilizar los medios que se nos propongan para remediar las imperfecciones de los hombres.

Una de estas imperfecciones es el infortunio del sér humano que nace con el legado maldito de la insuficiencia y la inferioridad mentales y morales. Esta es, seguramente, una de las formas más intensas del sufrimiento universal.

Este sufrimiento constituye la base de la criminalidad, y si se desconoce, no se comprende nada de la criminalidad y nada se puede contra ella.

INDICE

Páginas.


UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 09 01 04 13 006 3